



Anne-Sophie Delobre

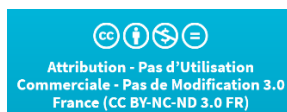
## L'arbitrage familial international

---

DELOBRE Anne-Sophie. *L'arbitrage familial international*, sous la direction d'Alain DEVERS, Université Jean Moulin (Lyon 3), 2021.

**Disponible** sur : <http://www.theses.fr/2021LYSE3007>

---



Document diffusé sous le contrat *Creative Commons* « **Attribution – Pas d'utilisation commerciale - Pas de modification** »

Vous êtes libre de le reproduire, de le distribuer et de le communiquer au public à condition d'en mentionner le nom de l'auteur et de ne pas le modifier, le transformer, l'adapter ni l'utiliser à des fins commerciales.



N°d'ordre NNT : 2021LYSE3007

**THÈSE de DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON**  
opérée au sein de  
**l'Université JEAN MOULIN LYON III**

**Ecole Doctorale de Droit n°492**

**Discipline de doctorat : Doctorat en Droit**  
**Mention : Droit international, européen et comparé**

Soutenue publiquement le 22/01/2021, par :

**Anne-Sophie DELOBRE**

---

**L'arbitrage familial international**

---

Devant le jury composé de :

Monsieur NOURISSAT Cyril, Professeur des Universités, Université Jean Moulin Lyon III, Président.  
Madame GALLANT Estelle, Professeur des Universités, Université Toulouse I Capitole, Rapporteur.  
Monsieur FARGE Michel, Professeur des Universités, Université Pierre Mendès France de Grenoble, Rapporteur.  
**Monsieur DEVERS, Alain**, Maître de Conférences HDR, Université de Jean Moulin Lyon III, Directeur de thèse.

*L'Université Jean Moulin Lyon 3 n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; celles-ci doivent être considérées comme propres à leur auteur.*

## Remerciements

« *Telle est ma quête, suivre l'étoile, peu m'importent mes chances, peu m'importe le temps, ou ma désespérance, et puis lutter toujours, sans question ni repos* » pour atteindre l'inaccessible étoile<sup>1</sup>. Au cours de sa quête, le doctorant est accompagné, soutenu, conseillé, épaulé, encouragé, par son directeur de thèse. Aussi, après plusieurs années d'échanges, les qualificatifs habituellement utilisés en la matière comme « *chaleureux* », « *vifs* », « *sincères* », « *respectueux* », ressemblent à une litote. Alors, humblement et modestement, Monsieur Alain DEVERS, je vous dis : merci.

Merci pour votre confiance qui me permet d'être là aujourd'hui.

Merci également de m'avoir accompagnée pour réaliser mes rêves : bien évidemment celui d'être notaire grâce à votre soutien et votre direction de mon rapport de stage qui m'a permis d'obtenir le Diplôme Supérieur du Notariat, et ce rêve bonus de finir et soutenir cette thèse.

Dans le même sens, je tiens à remercier Monsieur Hugues FULCHIRON qui, de façon très bienveillante et déterminante, a suivi mon cursus universitaire depuis de nombreuses années, et qui, lui aussi, a favorablement contribué à la réalisation de mes rêves.

Je remercie Monsieur Cyril NOURISSAT pour le temps et l'attention qu'il m'a accordés afin de me partager son expérience en matière d'arbitrage.

Je remercie les membres de mon jury qui se rendent disponibles en ce jour particulièrement important pour moi et qui ont eu le courage de lire ma prose.

A titre posthume, j'ai une pensée pour Gérard DELABRE qui, dès le lycée, m'a très précisément conseillé la filière universitaire – même si l'épaisseur de son dossier semblait plutôt destinée à faire fuir tout futur étudiant en droit – et m'a fortement recommandé, en tant que professionnel, de toujours conserver un pied à l'Université.

---

<sup>1</sup> BREL J., *La quête*.

# **Sommaire**

## **PREMIÈRE PARTIE : L'ARBITRABILITÉ DES LITIGES FAMILIAUX INTERNATIONAUX**

### **TITRE I. LES CRITÈRES DE L'INTERNATIONALITÉ, UN ALLIÉ DE L'ARBITRABILITÉ**

*Chapitre 1. De l'arbitrage interne à l'arbitrage international*

*Chapitre 2. De la distinction entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international*

### **TITRE II. LES CRITERES DE L'ARBITRABILITÉ, UN ALLIÉ DE LA MODERNITÉ**

*Chapitre 1. Critères de l'arbitrabilité : un facteur de protection*

*Chapitre 2. Critères de l'arbitrabilité : un facteur de dynamisme*

## **SECONDE PARTIE : L'ARBITRAGE DES LITIGES FAMILIAUX INTERNATIONAUX**

### **TITRE I. LA MISE EN ŒUVRE DE L'ARBITRAGE FAMILIAL INTERNATIONAL**

*Chapitre 1. Le contrat d'arbitre : procédure et instance arbitrales*

*Chapitre 2. La convention d'arbitrage*

### **TITRE II. LA PHASE POST-ARBITRALE**

*Chapitre 1. La sentence arbitrale*

*Chapitre 2. La portée et la circulation de la sentence arbitrale*

## Principales abréviations

<i>AFDI</i>	Annuaire français de droit international
<i>Aff.</i>	Affaire
<i>AJDA</i>	Actualité juridique droit administratif
<i>AJ Fam.</i>	Actualité juridique famille
<i>al.</i>	Alinéa
<i>art.</i>	Article
<i>APCE</i>	Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe
<i>Arch. Phil. droit</i>	Archives de philosophie du droit
<i>AS/SOC</i>	Commission des questions sociales, de la santé et de la famille
<i>BO</i>	Bulletin officiel
<i>Bull ASA</i>	Bulletin Association suisse de l'arbitrage
<i>Cah. Dr. eur. ou CDE</i>	Cahier de droit européen
<i>Cass.</i>	Cour de cassation
<i>CDCS</i>	Comité européen de la cohésion sociale
<i>CDCJ</i>	Comité européen de la coopération juridique
<i>CDEG</i>	Comité directeur pour l'égalité entre les femmes et les hommes
<i>CE</i>	Communauté européenne
<i>CECA</i>	Communauté économique du charbon et de l'acier
<i>CEE</i>	Communauté économique européenne
<i>CEDH</i>	Cour européenne des droits de l'homme
<i>CEFL</i>	Commission de droit européen de la famille
<i>Cf.</i>	<i>Confer</i> , se reporter à
<i>chron.</i>	Chronique
<i>CIDE</i>	Convention internationale des droits de l'enfant
<i>CIEC</i>	Communauté internationale de l'état civil
<i>CIJ</i>	Communauté internationale de Justice

<i>Civ.</i>	Chambre civile de la Cour de cassation
<i>CJCE</i>	Cour de justice des Communautés européennes
<i>CJUE</i>	Cour de justice de l'Union européenne
<i>CJ-FA</i>	Comité d'experts sur le droit de la famille
<i>CJ-S-CH</i>	Groupe de spécialistes sur une justice adaptée aux enfants
<i>CE</i>	Conseil d'Etat
<i>CESE</i>	Conseil économique, social et environnemental
<i>CLE</i>	Conseil de l'Europe
<i>CNUDCI</i>	Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international
<i>CM</i>	Comité des ministres
<i>Comm.</i>	Commentaire
<i>Comm. EDH</i>	Commission européenne des droits de l'Homme
<i>Comp.</i>	Comparer
<i>Cons. Const.</i>	Conseil constitutionnel
<i>Conv. EDH</i>	Convention européenne des droits de l'Homme, Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales
<i>Conv. ESDH</i>	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme
<i>Cour EDH ou CEDH</i>	Cour européenne des droits de l'Homme
<i>CS-SPFC</i>	Comité d'experts sur les politiques sociales pour les familles et les enfants
<i>D.</i>	Dalloz (Recueil Dalloz)
<i>D. Actualités</i>	Dalloz Actualités
<i>Defr. ou Defrénois</i>	Répertoire du notariat Defrénois
<i>(dir.)</i>	Direction (sous la direction de)
<i>Dr. fam.</i>	Droit de la famille
<i>Dr. et Patrimoine</i>	Revue Droit et Patrimoine
<i>éd.</i>	Edition

<i>ELJ</i>	<i>European Law Journal</i>
<i>ERPL</i>	<i>European review of private law</i>
<i>Fasc.</i>	Fascicule
<i>GAJDIP</i>	Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 5 <sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2006
<i>GAJUE</i>	Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne, Dalloz, 2019
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
<i>Ibid</i>	<i>Ibidem</i> , même référence
<i>Infra</i>	Voir ci-dessous
<i>Info. Soc.</i>	Informations sociales
<i>IFLA</i>	Fédération internationale des associations et institutions de bibliothèques
<i>IR</i>	Information Rapide
<i>J. -Cl.</i>	Juris-Classeur
<i>JCP ou JCP G</i>	Juris-Classeur périodique (Semaine juridique), édition Générale
<i>JCP A</i>	Juris-Classeur périodique (Semaine juridique), édition Administrations et collectivités territoriales
<i>JCP E</i>	Juris-Classeur périodique (Semaine juridique), édition Entreprises
<i>JCP N</i>	Juris-Classeur périodique (Semaine juridique), édition Notariale
<i>JCP S</i>	Juris-Classeur périodique (Semaine juridique), édition Sociale
<i>JDI</i>	Journal du droit international (Clunet)
<i>JDT</i>	Journaux des Tribunaux
<i>JO/JORF</i>	Journal Officiel ou Journal Officiel de la République française
<i>JO/JOCE/JOUE</i>	Journal Officiel des Communautés Européennes, devenu Journal Officiel de l'Union Européenne depuis l'entrée en vigueur du Traité de Nice



<i>JTDE</i>	Journal des Tribunaux / droit européen
<i>Jur.</i>	Jurisprudence
<i>LGDJ</i>	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<i>L'Obs. de Brux.</i>	L'Observateur de Bruxelles
<i>LPA</i>	Petites Affiches
<i>n°</i>	Numéro
<i>NBP</i>	Note de bas de page
<i>obs.</i>	Observations
<i>p.</i>	Page
<i>préc.</i>	Précité
<i>PUF</i>	Presses universitaires de France
<i>RCADI</i>	Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye
<i>RCDIP</i>	Revue critique de droit international privé
<i>RDC</i>	Revue de droit canonique
<i>RDIDC</i>	Revue de droit international et de droit comparé
<i>RDSS</i>	Revue de droit sanitaire et social
<i>Rép. Min.</i>	Réponse ministérielle
<i>req.</i>	Requête
<i>Rev. dr. UE</i>	Revue de droit de l'Union européenne
<i>RFDA</i>	Revue française de droit administratif
<i>RJDA</i>	Revue de jurisprudence de droit des affaires
<i>RIDC</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>RFDC</i>	Revue française de droit constitutionnel

<i>RJPF</i>	Revue juridique Personnes et famille
<i>RLDC</i>	Revue Lamy de droit civil
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD eur.</i>	Revue trimestrielle de droit européen
<i>RTD fam.</i>	Revue trimestrielle de droit familial
<i>RTDH</i>	Revue trimestrielle des droits de l'homme
<i>s.</i>	Et suivant
<i>somm.</i>	Sommaire
<i>spéc.</i>	Spécialement
<i>supra</i>	Voir ci-dessus
<i>TCFDIP</i>	Travaux du Comité français de droit international privé
<i>TFUE</i>	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
<i>TPICE</i>	Tribunal de première instance des Communautés européennes
<i>TUE</i>	Traité sur l'Union européenne
<i>UE</i>	Union européenne
<i>V°</i>	voir
<i>Vol.</i>	Volume

## **Locutions latines**

<i>ad hoc</i>	Pour cela
<i>Bona fides</i>	La bonne foi
<i>consuetudo</i>	L'habitude
<i>Estoppel/ Venire contra factum proprium non valet</i>	Interdiction de se contredire au détriment d'autrui
<i>Exception non adimpleti contractus</i>	Exception d'inexécution

<i>Fraus omnia corrumpit</i>	La fraude corrompt tout
<i>In favorem validitatis</i>	En faveur de la validité
<i>ibidem</i>	Au même endroit
<i>imperium</i>	Pouvoir régalien attribué aux juges
<i>Infra petita</i>	Ne pas statuer en dessous des prétentions
<i>In limine litis</i>	Dès le commencement du procès
<i>Lato sensu</i>	Au sens large
<i>Lex contractus</i>	Le droit du contrat, la loi du contrat
<i>Lex fori</i>	La loi du for
<i>Lex mercatoria</i>	Droit des marchands - Règle générale propre à régir les contrats du commerce international
<i>Nemo iudex in re sua</i>	Personne n'est juge de sa propre cause
<i>Non liquet</i>	Non tranché, incertain
<i>Opinio juris sive necessitatis</i>	La conviction d'être lié par une règle juridique
<i>Per se</i>	En soi
<i>Pacta sunt servanda</i>	La force obligatoire du contrat/convention
<i>Par in parem non habet imperium</i>	Le gouvernement n'a pas d'égal parmi les égaux (un Etat n'est pas soumis à la juridiction d'un autre Etat)
<i>Par in parem non habet jurisdictionem</i>	Il n'y a pas de compétence juridictionnelle entre égaux
<i>Res judicata</i>	Autorité de la chose jugée
<i>Sine qua non</i>	Sans laquelle cela ne pourrait pas être
<i>Specialia generalibus derogant</i>	Ce qui est spécifique déroge au général
<i>Ultra petita</i>	Ne pas statuer en dessus des prétentions
<i>Ut res magis valeat quam pereat</i>	Principe de l'effet utile

## Introduction

1. « *Le colonel resta pendant un moment interdit, immobile, regardant sans voir, abîmé dans un désespoir sans bornes. La justice militaire est franche, rapide, elle décide à la turque, et juge presque toujours bien ; cette justice était la seule que connût Chabert. En apercevant le dédale de difficultés où il fallait s'engager, en voyant combien il fallait d'argent pour y voyager, le pauvre soldat reçut un coup mortel dans cette puissance particulière à l'homme et que l'on nomme la volonté.*<sup>2</sup> »

2. Après avoir réussi à faire reconnaître son identité, le Colonel Chabert voulait retrouver ses biens, son rang et sa femme. Il s'en est remis entre les mains de la justice, où il ne fut plus qu'un « *être moral, une question de droit ou de fait*<sup>3</sup> ». Pour arriver à ses fins, il lui a été conseillé une transaction qui « *serait, et pour vous et pour elle, le meilleur dénouement du procès. Vous y gagnerez une fortune plus considérable que celle à laquelle vous auriez droit.*<sup>4</sup> »

3. Transaction...mais aussi arbitrage, conciliation, médiation, Justice, justice administrative, justice constitutionnelle, justice coutumière, justice étatique, justice judiciaire, justice martiale, justice participative, justice pénale, justice prédictive, duel, loi du Talion, *private judging*, etc., autant d'approches pour régler les différends entre les Hommes, une matière où les romanciers croient inventer alors qu'ils sont toujours au-dessous de la vérité<sup>5</sup>. Ô comme cette vérité peut s'avérer cruelle lorsqu'elle s'exerce dans un cercle familial. Ô comme cette vérité est irréaliste lorsqu'elle repose sur des concepts introuvables. Qui peut définir la famille du XXI<sup>ème</sup> siècle ? Qui peut évoquer « l'arbitrage familial international » sans s'émouvoir d'un antagonisme certain et surprenant ? Antagonisme intrinsèquement lié à la notion d'arbitrabilité, pierre angulaire de l'édifice arbitral pour lequel des constructions récentes semblent ouvrir de nouvelles perspectives en faveur de sa mise en œuvre.

---

<sup>2</sup> BALZAC H., *le Colonel Chabert*, Flammarion, 2009, p.91.

<sup>3</sup> BALZAC H., *le Colonel Chabert*, Flammarion, 2009, p.122.

<sup>4</sup> BALZAC H., *le Colonel Chabert*, Flammarion, 2009, p.89.

<sup>5</sup> BALZAC H., *le Colonel Chabert*, Flammarion, 2009, p.130.

4. « Cette forme de justice n'est-elle pas liée si intimement au commerce, et plus particulièrement au commerce international, qu'elle se confondrait presque totalement avec lui ?<sup>6</sup> » C'est certain, et pourtant, les mots « arbitrage », « familial », « international » s'articulent et véhiculent une réalité juridique qui pourraient avoir des répercussions pratiques.

5. **Notion de famille :** Commençons par le mot « famille », terme intrinsèquement familial, s'il est possible de s'exprimer ainsi. Chacun a l'impression de connaître la définition. Claude LÉVI-STRAUSS écrivait « *la famille fondée sur l'union plus ou moins durable, mais socialement approuvée, de deux individus de sexe différent, qui fondent un ménage, procréent et élèvent des enfants, apparaît comme un phénomène pratiquement universel, présent dans tous les types de société.*<sup>7</sup> » La Déclaration universelle des droits de l'Homme de l'Organisation des Nations Unies dispose que « *la famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat.*<sup>8</sup> ». La Charte sociale européenne énonce que « *la famille, en tant que cellule fondamentale de la société, a droit à une protection sociale, juridique, et économique appropriée pour assurer son développement*<sup>9</sup> ».

6. **Universelle, naturelle, fondamentale :** Cette familiarité résulte de cette réalité qui concerne chaque être humain à un instant de sa vie - à sa naissance, le nouveau-né crée ou intègre, à son insu, une famille - ou tout au long de sa vie si ce dernier a la chance de naître, grandir dans une famille pour éventuellement à son tour en construire une.

---

<sup>6</sup> RACINE J.- B., *L'arbitrabilité des litiges de droit de la famille*, Droit et patrimoine, n°275, 1<sup>er</sup> décembre 2017, p.26 et s..

<sup>7</sup> LÉVI STRAUSS Cl., *Les structures élémentaires de la parenté*, thèse soutenue en 1948, refondue et publiée en 1949, p.133. [Paris, EHESS, coll. « En temps et lieux », 2017].

<sup>8</sup> Article 16 alinéa 3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH), adoptée par l'assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948.

<sup>9</sup> Charte sociale européenne du 18 octobre 1961 révisée à Strasbourg le 3 mai 1996, spéc. Partie I.16 et « *article 16 - droit de la famille à une protection sociale, juridique et économique : en vue de réaliser les conditions de vie indispensables au plein épanouissement de la famille, cellule fondamentale de la société, les Parties s'engagent à promouvoir la protection économique, juridique et sociale de la vie de famille, notamment par le moyen de prestations sociales et familiales, de dispositions fiscales, d'encouragement à la construction de logements adaptés aux besoins des familles, d'aide aux jeunes foyers, ou de toutes autres mesures appropriées.* »

Décret n°2000-110 du 4 février 2000 portant publication de la Charte sociale européenne révisée (ensemble une annexe), faite à Strasbourg le 3 mai 1996, JORF n°0036 du 12 février 2000, p.2230, texte n°14.

**7. La définition de la famille : un concept introuvable :** Le témoignage de la vie quotidienne révèle des définitions divergentes mises en exergue par le droit<sup>10</sup>, l'économie<sup>11</sup>, la

---

<sup>10</sup> « *Famille : Au sens large, ensemble des personnes descendant d'un auteur commun et rattachées entre elles par un lien horizontal (mariage, mais aussi concubinage), mais aussi vertical (filiation) ; au sens étroit, groupe formé par les parents et leurs descendants ou même plus restrictivement par les parents et leurs enfants mineurs. / Famille monoparentale : désigne une famille dont les enfants ne sont élevés que par un seul parent. L'origine de la monoparentalité est diverse (veuvage, divorce, séparation de fait...). Elle peut donner lieu, sous condition de ressources, à des prestations sociales particulières. / Famille recomposée : se dit d'une famille nouvellement formée, après la disparition ou l'éclatement de la famille d'origine, dont les membres sont, pour les uns, originaires de la première famille (tel ou tel parent, tels enfants), pour d'autres, extérieurs à elle (enfants d'autres lits, enfants reconnus, enfants légitimés...).* La recomposition naît d'unions antérieures diverses (remariages, concubinage, PACS...) présentement défaites. Le législateur contemporain tend à soutenir ce type de recomposition par des mesures juridiques dérogatoires (y compris en matière de libéralités et de succession) et des dispositions fiscales favorables. *Famille unilinéaire : Famille dans laquelle la filiation de l'enfant n'est établie qu'à l'égard de l'un de ses parents, père ou mère, d'où il résulte que l'enfant n'a dans son ascendance qu'une seule ligne, soit patrilinéaire, soit matrilinéaire.* » GUINCHARD G., DEBARD Th., *Lexique des termes juridiques*, D., août 2018, p.485-486.

Selon le Doyen Gérard CORNU, dans son *Vocabulaire Juridique*, Quadriga, Presses Universitaires de France – P.U.F., 13<sup>ème</sup> édition, janvier 2020, la famille est « un ensemble de personnes qui sont unies par un lien du sang, qui descendent d'un auteur commun », « un groupe restreint de père et mère et de leurs enfants (mineurs) vivant avec eux », mais aussi « les seuls enfants, descendants directs », ainsi que « l'ensemble des parents et alliés », ou encore « un groupe de personnes vivant sous le même toit », « un groupe de parents et alliés entre lesquels existe une obligation alimentaire »

<sup>11</sup> « *Ensemble formé par les époux et leurs descendants. Jadis, unité économique de production (que l'on retrouve encore dans le milieu agricole et artisanal), ce n'est plus aujourd'hui qu'une unité économique de consommation (en ce sens elle s'intègre à la notion économique de « ménage »).* En matière de production, le mot est utilisé pour désigner l'utilisation totale ou partielle d'opérations, de formes ou de types de produits (famille d'opérations ; famille de produits etc.)/ *Théorie microéconomique de la famille : Selon le prix Nobel Gary S. Becker de l'école de Chicago (...), la décision d'avoir des enfants ou bien de se marier est le résultat d'une analyse coûts-avantages. L'enfant, dans une société industrielle, est assimilable à un bien de consommation. Les parents feront face à des dépenses et bénéficieront des satisfactions apportées par l'enfant. La baisse de la taille moyenne de la famille s'expliquerait par l'augmentation du coût relatif des enfants (éducation, soins, etc.). Au contraire, dans une société agricole, l'enfant est considéré comme un investissement en capital dans la mesure où il peut travailler jeune et contribuer à l'augmentation du revenu familial. L'analyse du mariage est assimilée à celle de la constitution d'une firme. Les deux parties se lient par un contrat pour éviter des coûts de transaction. Chaque membre est une entreprise dans laquelle l'autre est embauché, la rémunération se faisant par des baisers, des câlins et des cadeaux. Le sentiment amoureux distingue cependant le ménage de la firme.* » in SILEM A., *Lexique d'économie*, Dalloz, septembre 2018, éd. N°15, p.403-404.

politique<sup>12</sup>, la science, la sociologie<sup>13</sup>, etc. et façonne ainsi non pas une famille mais des familles

---

<sup>12</sup> « La famille est une institution centrale de la socialisation de l'individu et de reproduction de la société. Par conséquent, sa structure, son organisation, sa définition et ses représentations sont des éléments incontournables du débat politique et, plus avant, font l'objet de politique gouvernementale. La famille, cellule sociale paraissant si naturelle aux gouvernés, est donc un objet politique. Institution sociale, économique et juridique, la famille est un objet du droit qui définit, pour partie, ses formes légitimes et ce qu'elle est autorisée à transmettre (héritage, valeurs, pouvoirs du « chef de famille », etc.). C'est pourquoi, dans les luttes politiques, les acteurs en concurrence défendent des conceptions de la famille qui sont les plus ajustées aux valeurs, aux idées et aux projets sociaux qu'ils promeuvent. Ainsi, les partis conservateurs prennent généralement la défense de la famille traditionnelle (fondée sur la stabilité du mariage et la reproduction filiale), creuset de la perpétuation de la société et de ses valeurs. A l'inverse, les partis de gauche ont davantage soutenu l'hypothèse de la diversité des modèles familiaux et ont été plus attentifs à la dimension parfois oppressive que le modèle familial traditionnel pouvait revêtir. Ces choix se traduisent par des options différentes en matière de politiques publiques familiales (exemple : aides sociales à toutes les familles ou non, politiques natalistes ou correctrices des inégalités, sanction des familles de jeunes délinquants, etc.) En tant que lieu de la socialisation primaire, la famille est un lieu de transmission des valeurs et des préférences des individus. Les études montrent que cette transmission est d'autant plus forte que les valeurs sont homogènes au sein de la famille et qu'elles sont confortées par d'autres instances de socialisation. A l'inverse, les valeurs et préférences transmises par la famille peuvent entrer en conflit avec d'autres instances de prise en charge et de formation des plus jeunes (exemple : l'école, l'Eglise ou la communauté). Si l'on assimile souvent l'apparition de l'Etat, puis la construction démocratique, à l'abandon du patrimonialisme et au déclin du rôle des liens familiaux dans l'espace politique, la référence à la famille reste toutefois un registre important de perception du politique, au point qu'il n'est pas rare d'assimiler le chef politique (monarque, chef de l'Etat) à un père, les gouvernés à des enfants de la nation, les concitoyens à des frères, etc. Il peut y avoir, selon les sociétés, un fort parallélisme entre modèles familiaux et modèles politiques (exemple : l'homologie entre l'autoritarisme de l'Etat et une conception autoritaire et hiérarchisée du modèle familial, comme en Chine) ou à l'inverse, une déconnexion entre ces deux modèles (exemple : la coexistence de la démocratie politique avec des conceptions patriarcales inégalitaires, comme au Japon). Enfin, les formes de transmission familiale du capital politique en régime démocratique restent un phénomène non négligeable (exemple : les dynasties électives », notamment aux Etats-Unis ». NAY O., *Lexique de science politique*, août 2017, 4<sup>ème</sup> éd., p.241-242.

<sup>13</sup> « Terme venant du latin *copula*, lien, liaison, le couple est une union maritale de droit ou de fait. L'Insee distingue : 1. Le couple au sens des enquêtes auprès des ménages, composé de deux personnes de quinze ans ou plus, habitant le même logement et déclarant actuellement être en couple, quel que soit leur état matrimonial légal (qu'ils soient donc mariés ou non) ; 2. Le couple au sens de vie en couple. Dans ce sens-là, on considère qu'une personne vit en couple si, âgée de quatorze ans ou plus, elle répond oui à la question « vivez-vous en couple ? ». Cette question introduite dans le bulletin de recensement depuis 2004, n'impose aucune condition concernant l'état matrimonial légal ou le conjoint (celui-ci peut vivre ou non dans le même logement, être ou non de sexe différent...) ; 3. Le couple au sein d'un ménage, qui correspond à un ensemble formé de deux personnes de dix-huit ans ou plus (sauf exception), qui partagent la même résidence principale et qui répondent à au moins l'un des critères suivants : ils déclarent tous les deux vivre en couple ou être mariés, pacsés ou en union libre. Les couples ainsi constitués à partir des réponses au questionnaire du recensement sont des couples de fait. Cette définition est utilisée dans certaines exploitations statistiques du recensement pour étudier la composition des familles au sein d'un logement et notamment des familles avec enfant(s). Les couples cohabitants en France peuvent renvoyer à trois situations différentes, qui relèvent, à des degrés différents, du contrat et de l'institution : le mariage, le PACS, le concubinage (ou union libre), situation de fait. La sociologie a longtemps décrit la famille nucléaire comme l'unité de base d'une société, le couple étant dans cette logique au service d'une fin procréatrice. Ce n'est que très récemment que la sociologie valorise l'étude du couple lui-même, avec notamment les travaux de Jean-Claude Kaufmann ou François de Singly. Selon François de Singly, les motifs de « mise en couple » évoluent et notamment la fin des mariages « arrangés » et l'accès à l'autonomie financière des femmes, « l'amour est devenu le ciment unique du couple ». Le rapport distant au mariage, la réappropriation moderne du concubinage, la critique du partage des tâches entre conjoints et de l'autorité du mari font alors partie des conséquences de l'amour : « cette logique affective qui s'est insinuée au sein du cercle domestique a imposé également une progressive dévalorisation des rôles et de l'institution ». De la même façon Jean Baechler explique ces évolutions du couple par l'avènement d'une modernité marquée par le triomphe de l'individualisme : « il suffit que l'individu reçoive licence de rechercher dans la formation d'un couple des satisfactions personnelles d'ordre affectif, à l'exclusion de toute considération étrangère à ses intérêts propres, pour retrouver les traits retenus ». Du fait de cette désinstitutionnalisation progressive du couple on assiste également à la montée de nouvelles formes de vie en couple sans cohabitation. Il s'agit de couples non mariés, sans enfants, qui n'habitent plus chez leurs parents, résident dans la même ville, expérimentent leur première relation à long terme, mais choisissent dans un premier

où finalement seul un peintre impressionniste par touches successives, rectificatives, pourrait illustrer le portrait de la famille. Il faudrait commencer le portrait par ce qu'elle n'est pas, ce qui est hors du cadre : la famille n'est pas un sujet de droit, elle est dépourvue de personnalité juridique. En arrière-plan du tableau, il faut voir que la famille est influencée par l'accroissement de l'individualisme, de l'urbanisation, du développement de la technique informatique (réseaux sociaux, sites de rencontres, etc.), de la diversité des législations évolutives qui tentent de la gouverner, des choix économique-socio-politico-juridiques effectués, corroborée par un brouillage actuel résultant de l'évolution des mœurs, de la science, des droits de l'Homme, de l'euphémisation et de l'internationalisation de la société. Elle évolue dans un flou artistique général qui font d'elle un « concept introuvable ». Pour dessiner concrètement l'esquisse des familles, il faut s'intéresser à la typologie des familles : adoptive, biologique, de fait, d'origine, étendue, hétérosexuelle, homosexuelle<sup>14</sup>, légitime, légitimée, monoparentale, naturelle, alimentaire<sup>15</sup>, nourricière, nucléaire, par l'alliance, par le sang, recomposée, spirituelle, unilinéaire, patriarcale, matriarcale, etc..

**8. Les fonctions de la famille :** Aussi, la famille se définirait plutôt à travers ses fonctions, qui sont, notamment celles de reproduction (reproduction du corps social, reproduction et éducation des enfants), de socialisation (intégration des individus dans la

---

*temps de vivre dans des domiciles séparés. Ils n'ont donc pas de résidence commune, à la différence par exemple de couples mariés, séparés temporairement pour des raisons professionnelles et qui ne sont alors pas considérés comme des couples non-cohabitants.*<sup>13</sup> »

La famille est ainsi définie, « au sens strict, un groupe social composé de deux personnes au moins, ayant une résidence commune et unies par des liens de parenté (règles d'alliance, de filiation, de germanité) et un réseau de droits et obligations (droit de porter un certain nom, droit à l'héritage, obligation alimentaire, obligation d'éducation, prohibition de l'inceste, etc.). Au sens de l'Insee, une famille est un groupe social formé d'au moins deux personnes, et comprenant : soit un couple, marié ou non, et le cas échéant, ses enfants célibataires (eux-mêmes sans enfants) ; soit un parent isolé et ses enfants célibataires de moins de vingt-cinq ans n'ayant pas d'enfant (on parle alors de famille monoparentale). L'analyse des règles sociales à l'origine de la famille a particulièrement été mise en évidence par Claude Lévi-Strauss dans *Les structures élémentaires de la parenté*. Il montre notamment comment l'alliance permet la communication entre différents groupes sociaux (clans, tribus, villages, etc.) parfois en rivalité. L'exogamie lui paraît constituer une règle absolue des sociétés humaines qui a donné lieu à la prohibition de l'inceste. » DOLLO Ch., ALPE Y., LAMBERT J.- R., PARAYRE S., *Lexique de sociologie*, Dalloz, avril 2017, 5<sup>ème</sup> éd., p.155.

<sup>14</sup> Plus largement, afin de recenser les familles selon l'orientation sexuelle des individus qui la constituent, outre, la famille hétérosexuelle et homosexuelle, il faudrait par exemple relater les familles asexuelles [voir évoquer l'hétéroromantique, l'homoromantique, le biromantique, le panromantique, l'aromantique, etc.], bi-sexuelles, poly-sexuelles, alter-sexuelles ou *queer*, sapiosexuelles, transgenres, intergenres, pangénres ou omnigénres, neutres, intersexes, etc., à défaut de « fluidité sexuelle » lorsque l'orientation évolue au fil du temps.

<sup>15</sup> « *L'histoire de la famille en Occident illustre une évolution que Durkheim appelait la « loi du rétrécissement continu de la famille », que l'on peut résumer en une formule : la famille est passée du clan totémique au cercle conjugal. Encore faut-il nuancer cette vision « évolutionniste ». La loi de rétrécissement continu de la famille doit se combiner avec le principe de pluralité des types : au même moment dans un même pays peuvent coexister différents modes de vie en famille. Il existe trois types de famille, plus ou moins vastes : patriarcale, conjugale et alimentaire » FULCHIRON H. et MALAURIE Ph., *Droit de la famille*, LGDJ, 6<sup>ème</sup> édition, janvier 2018.*



société, diffusion du langage et de la culture), de solidarité (logement, nourriture, assistance, etc.), d'épanouissement (par le soutien psychologique et matériel qu'elle apporte, épanouissement personnel de l'individu, a priori, un lieu d'affection et d'attachement), de transmission du patrimoine familial, de consommation, de production pour la fonction économique (dépenses consommables mobilières, immobilières dans le cadre familial, création d'entreprises familiales, travail domestique, etc.), mais il ne faut pas omettre les fonctions politique<sup>16</sup>, religieuse, identitaire<sup>17</sup>, etc.

**9. La famille et les sentiments :** La famille est de plus en plus perçue comme le lieu des sentiments : expression des sentiments amoureux ou haineux entre chaque membre du clan, horizontalement (le couple) et/ou verticalement (entre les générations). Cette expression se formule également pour chaque individu qui se construit. Grâce à une identité profonde, l'individu est enraciné dans une généalogie, comme il sait d'où il vient, il peut cheminer. Cependant, au fil des évolutions éthiques, techniques, scientifiques, ce sentier est de plus en plus caillouteux, si ce n'est douloureux. L'individu se construit de plus en plus sur le sentiment d'une appartenance à un genre, à une orientation sexuelle, le sentiment de ce que l'individu est, pense être, veut être, le sentiment que le « je » au sein de la famille est plus important que le « nous », que l'intérêt collectif s'efface derrière l'intérêt individuel en raison d'une pluralité de sentiments qui doivent coexister mais qui nécessairement se confrontent un jour. Dès lors que le « je » prédomine au sein de la famille, les sources de conflits se multiplient. Outre les sentiments, la famille est de plus en plus appréhendée par les prismes du consentement, de l'égalité, de la liberté, du pluralisme, de la volonté, qui évoluent sans cesse, ce qui oblige le peintre à recommencer perpétuellement sa toile. Le peintre impressionniste semble imiter Pénélope qui attend Ulysse : le cadre est là : une famille au sens étroit : un père, une mère, un ou des enfant(s) qui ont des droits et obligations réciproques, mais chaque soir la définition est défaite pour laisser place à la volonté, aux sentiments, voir ressentiments, de chaque individu

---

<sup>16</sup> La formule de PORTALIS est célèbre : « *les familles se forment par le mariage, et elles sont la pépinière de l'Etat. Chaque famille est une société particulière et distincte dont le gouvernement importe à la grande famille qui les comprend toutes.* » PORTALIS J. E. M., *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, éd. Joubert, 1844, p.37.

Tout comme celle-ci : « *Les vertus privées peuvent seules garantir les vertus publiques ; et c'est par la petite patrie, qui est la famille, que l'on s'attache à la grande ; ce sont les bons pères, les bons maris, les bons fils, qui font les bons citoyens.* »

PORTALIS J. E. M., *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, éd. Joubert, 1844, p.62.

<sup>17</sup> L'identité d'une famille, d'une minorité, socle du vivre ensemble au-delà des différences est confrontée au phénomène de subjectivation de l'identité qui fonde l'identité sur le sentiment.

qui naîtront à l'aube et disparaîtront au crépuscule<sup>18</sup>.

Dans le clair-obscur, le peintre s'attardera sur l'enfant. L'enfant fait famille. Activement, la génération précédente transmet la vie à un enfant ; passivement, l'enfant constitue une nouvelle dimension, le lien de conjugalité se transforme en un lien de parentalité. S'arrêter là serait trop simple. D'une part, si des concubins ne formeront une famille qu'au jour de la naissance de leur premier enfant, des partenaires pacsés sont membres d'une même famille le jour de la signature de leur contrat<sup>19</sup>. D'autre part, un enfant peut être un autre « *membre de la famille* », placé sous la tutelle légale permanente d'une personne, porter son nom, sans en être pour autant son descendant direct à défaut de lien de filiation entre eux, mais bénéficiaire d'un droit d'entrée et de séjour pour vivre avec elle<sup>20</sup>.

**10. Insaisissable, mouvante, variable, telle est la famille aujourd'hui :** A défaut d'avoir une définition de la famille ou un modèle de famille, il est possible de constater que « *les droits nationaux tendent à se rapprocher de plus en plus, en raison des évolutions convergentes des mœurs et des mentalités. Surtout, les principes et les valeurs affirmés sont de*

---

<sup>18</sup> « *On ne peut plus croire que la famille évolue de façon unilinéaire depuis des formes archaïques, et qu'on ne reverra plus, vers d'autres qui s'en distinguent et qui marquent autant de progrès. Il se pourrait au contraire que, dans sa puissance inventive, l'esprit humain eût très tôt conçu et étalé sur la table presque toutes les modalités de l'institution familiale. Ce que nous prenons pour une évolution ne serait alors qu'une suite de choix parmi ces possibles, résultant de mouvements en sens divers dans les limites d'un réseau déjà tracé.* » LEVI-STRAUSS Cl., préface in BURGUIERE A., KLAPISCH-ZUBER Ch., SEGALIN M., ZONABEND F., *Histoire de la famille*, Armand Colin, t.1, 1986, p.13.

<sup>19</sup> En ce sens, voir la position de la Cour de cassation et du Conseil constitutionnel : Cons. cons., déc. n° 99-419 DC du 9 nov. 1999 ; T. REVET, *Indivision. Droit de demander le partage*, RTD civ., 2000, p. 870 ; LE BOT O., *Le respect de la vie privée comme liberté fondamentale*, RFDA, 2008, p. 328, Cass., civ. 2<sup>ème</sup>, 25 mars 2004, pourvoi n°04-60.134, n°646 FS-P+B, Bull. civ. II, n° 144 ; HAUSER J., *Le pacsé est un membre...électoral...de la famille*, RTD civ., 2004, p. 489 ; *Les partenaires d'un PACS sont des membres de la même famille*, AJ Fam., 2004, p. 243 ; *PACS : le partenaire est un membre de la famille* », D., 2004, p. 1125.

<sup>20</sup> « *La notion de « descendant direct » d'un citoyen de l'Union figurant à l'article 2, point 2, sous c), de la directive n°2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, modifiant le règlement (CEE) n°1612/68 et abrogeant les directives n°64/221/CEE, n°68/360/CEE, n°72/194/CEE, n°73/148/CEE, n°75/34/CEE, n°75/35/CEE, n°90/364/CEE et n°93/96/CEE, doit être interprétée en ce sens qu'elle n'inclut pas un enfant qui a été placé sous la tutelle légale permanente d'un citoyen de l'Union au titre de la kafala algérienne, dès lors que ce placement ne crée aucun lien de filiation entre eux. Il appartient toutefois aux autorités nationales compétentes de favoriser l'entrée et le séjour d'un tel enfant en tant qu'autre membre de la famille d'un citoyen de l'Union, conformément à l'article 3, §2, sous a), de cette directive, lu à la lumière de l'article 7 et de l'article 24, § 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en procédant à une appréciation équilibrée et raisonnable de l'ensemble des circonstances actuelles et pertinentes de l'espèce, qui tiennent compte des différents intérêts en jeu et, en particulier, de l'intérêt supérieur de l'enfant concerné. Dans l'hypothèse où il est établi, au terme de cette appréciation, que l'enfant et son tuteur, citoyen de l'Union, sont appelés à mener une vie familiale effective et que l'enfant dépend de son tuteur, les exigences liées au droit fondamental au respect de la vie familiale, combinées à l'obligation de tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, requièrent, en principe, l'octroi, audit enfant, d'un droit d'entrée et de séjour afin de lui permettre de vivre avec son tuteur dans l'Etat membre d'accueil de ce dernier* ». CJUE, 26 mars 2019, n°C-129/18 – SM c/ Entry Clearance Officer, UK visa Section.

*plus en plus prégnants. Emerge ainsi peu à peu une sorte de droit modèle de la famille construit sur trois grands piliers : liberté, égalité, pluralisme.* <sup>21</sup> »

Liberté des uns et des autres qui se confrontent et pour lesquels il faut trouver une solution.

Egalité des individus, équité dans la justice, ces philosophies contemporaines manifestent une nouvelle approche du droit et oblige à articuler dans un système global des familles plurielles et une justice plurielle. Comme il n'y a plus une famille mais des familles, il n'existe plus la justice mais des modes de règlements des conflits, juridictionnels ou non. La famille au pluriel, la justice plurielle, s'ouvrent également à tous les savoirs, anthropologie, économie, éthique, géographie, histoire, justice, philosophie, sociologie, et créent des passerelles là où il y avait des frontières. La justice au pluriel accueille en son sein l'arbitrage.

Pluralisme, ne serait-ce pas là un trait commun entre la famille et l'arbitrage ?

**11. Famille et arbitrage :** *« Longtemps ignoré, le thème de l'arbitrage en droit de la famille focalise aujourd'hui l'attention de la doctrine et de la pratique. Un tribunal arbitral des affaires familiales, récemment constitué, propose ainsi de trancher les conflits relatifs à la fixation du montant d'une pension alimentaire, à la détermination des modalités de « garde alternée » des enfants ou de la résolution des questions conflictuelles avant divorce par consentement mutuel.* <sup>22</sup> »

**12. La notion d'arbitrage :** *« Cette notion [de l'arbitrage] a toujours suscité la controverse, on lui impute notamment d'être abstraite, délicate, mal cernée, fuyante, et qu'elle suscite un certain nombre de malentendus, voire de contresens* <sup>23</sup> ». Aussi délicate soit-elle, cet auteur a tenté de définir cette notion : *« l'arbitrage est l'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celle-ci* <sup>24</sup> ». Cette mission est confiée par les parties à un arbitre via une convention d'arbitrage, sauf exception en cas d'arbitrage forcé.

---

<sup>21</sup> FULCHIRON H., *Un modèle familial européen, in* Vers un statut européen de la famille, acte du colloque organisé par le Centre de droit de la famille de l'Université Jean Moulin Lyon 3, en association avec le CREDIP, à Lyon, les 21 et 22 novembre 2013, ss dir. FULCHIRON H. et BIDAUD-GARON Ch., thèmes, commentaires et actes, D., 2014, p.185.

<sup>22</sup> DEVERS A., *L'arbitrage en droit de la famille*, Droit de la famille, LexisNexis, n°1, janvier 2019, dossier n°7, paragraphe 1.

<sup>23</sup> JAROSSON CH., *L'arbitrabilité : présentation méthodologique*, RJ com 1996/3, p.1.

<sup>24</sup> JAROSSON Ch., *La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1962 texte remanié en 1987, p.372.

**13. Définition de l'arbitrage :** « *Procédure conventionnelle de règlement des litiges au cours de laquelle les parties s'engagent, au terme d'un compromis ou d'une clause compromissoire, à soumettre leur litige à une ou plusieurs personnes privées en nombre impair, appelées arbitres, à qui elles confèrent ainsi un véritable pouvoir juridictionnel. Le recours à l'arbitrage est prohibé dans les matières indisponibles ou de droit public. Par extension, le mot est parfois appliqué à un juge étatique, déclaré amiable compositeur par les plaideurs.*<sup>25</sup> » En droit international privé, « *est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international.*<sup>26</sup> » En droit international public, c'est un « *mode de règlement juridictionnel des différends interétatiques et transnationaux par des arbitres, choisis par les parties, chargés de rendre une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée*<sup>27</sup> ».

**14. Définition de la notion de litige :** « *on parle de litige lorsqu'une personne ne peut obtenir amiablement la reconnaissance d'une prérogative qu'elle croit pouvoir avoir et qu'elle envisage de saisir un tribunal pour lui soumettre sa prétention. Avant la saisine du juge, on parle d'un simple différend ou d'un conflit de prétentions. Le terme, bien que très large, est, en pratique, synonyme de procès.*<sup>28</sup> » Un procès se déroule généralement devant les différentes juridictions étatiques, néanmoins, il s'avère qu'un mouvement *in favorem arbitrandum* interpelle pour généraliser le développement d'une justice privée conventionnelle, et ce, même dans des domaines où cela semblait inconcevable. L'ouverture des domaines de l'arbitrabilité des litiges familiaux internationaux met en œuvre la pratique de l'arbitrage au sein de cette matière.

**15. L'arbitrage : une justice privée :** L'arbitrage est un mode non étatique de résolution des litiges. C'est une justice privée conventionnelle chargée d'une mission juridictionnelle.

**16.** Conventionnelle, c'est-à-dire qu'elle se fonde sur une convention, la convention d'arbitrage, et qu'elle ne peut exister qu'avec l'accord des parties. Cette notion de convention d'arbitrage recouvre en pratique deux régimes juridiques, celui de la clause compromissoire et celui du compromis. Les réflexions de la doctrine et des praticiens autour de la convention

---

<sup>25</sup> GUINCHARD S. et DEBARD Th. (ss dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 27<sup>ème</sup> édition, 2019-2020, p.77.

<sup>26</sup> Article 1504 du Code civil français.

<sup>27</sup> GUINCHARD S. et DEBARD Th. (ss dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 27<sup>ème</sup> édition, 2019-2020, p.77.

<sup>28</sup> GUINCHARD S. et DEBARD Th. (ss dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 27<sup>ème</sup> édition, 2020-2021, p.638.

d'arbitrage, suivant le régime juridique de la clause compromissoire, sont nombreuses et semblent dynamiser le mouvement *in favorem arbitrandum*. La convention d'arbitrage rédigée préalablement à la naissance du litige ou lorsque celui-ci sera né est la première étape nécessaire à l'arbitrage. Sans accord des parties, pas d'arbitrage. L'accord des parties existe notamment sur deux points, le principe de recourir à l'arbitrage et le choix du tribunal arbitral. Sans arbitre choisi et accepté par les parties, pas de tribunal arbitral, donc pas d'arbitrage. La notion d'arbitre au singulier est en réalité plurielle. L'arbitre peut faire référence non seulement à un arbitre personne physique, désigné de manière unique ou collégiale, mais aussi à l'arbitre personne morale c'est-à-dire à la chambre d'arbitrage qui serait désignée.

**17.** L'arbitrage est une justice privée, souvent perçue comme un mode amiable de résolution des différends alors qu'il n'en n'est rien<sup>29</sup>, c'est un mode juridictionnel de règlement des différends. Il est vrai que l'arbitrage peut être perçu comme une alternative à la justice étatique et avoir comme finalité la résolution d'un litige avec la coopération des parties puisqu'elles ont voulu l'arbitrage. Il n'en demeure pas moins que l'arbitrage est une justice, certes privée, mais une justice qui tranche un litige, de manière définitive et sans que la décision résulte d'un accord des parties. C'est l'arbitre qui tranche, c'est l'arbitre qui rend une sentence arbitrale, ce ne sont pas les parties qui rédigent la sentence. Toutefois, en pratique, les frontières s'avèrent quelquefois ténues, ce qui rend la définition moins aisée, *a minima*, moins catégorique. L'arbitrage reste une justice privée, c'est-à-dire qu'elle est non étatique, donc pas publique, à savoir : confidentielle et onéreuse.

**18.** L'arbitrage est une justice privée chargée d'une mission juridictionnelle, ainsi, l'arbitre a la *juridictio*, il peut dire le droit, sa sentence aura la force de la chose jugée. L'arbitre statue en droit, il peut aussi se prononcer en équité – en amiable compositeur. L'arbitre est indépendant des parties, impartial, il respecte les règles de procédure, les principes fondamentaux du procès transposables en matière d'arbitrage. A ce titre, il ne peut pas juger de tout. Les limites actuelles sont fondées sur l'indisponibilité des droits et le respect de l'ordre public. Un autre paramètre à prendre en considération est celui relatif à l'internationalité du litige puisque les règles applicables à l'arbitrage interne et celles à l'arbitrage international

---

<sup>29</sup> NOURISSAT C., *Médiation et arbitrage : enjeux pour la pratique notariale européenne* – CSN, 12 sept. 2016, JCP N 2016, 1344.

FRICERO N., *Définir pour distinguer médiation et arbitrage*, La semaine juridique notariale et immobilière, n°51-52, 23 décembre 2016, étude dossier 1345, p.24 : « L'arbitrage est un mode non étatique de règlement des litiges fondé sur un contrat, les parties s'accordant pour soumettre leur litige ou leur différend à un particulier arbitre afin qu'il tranche en rendant une sentence, soit en appliquant les règles de droit, soit en amiable compositeur (CPC, art.1478). L'arbitrage n'est donc pas un mode amiable de résolution des différends, c'est une justice privée, soumise à un encadrement juridique précis et ancien, qui est connu (C. civ., art.205 et s., CPC, art. 1442 et s.) »

différent, même si un tronc commun existe.

**19.** L'arbitrage interne français en matière familiale est possible sur les droits disponibles, ce qui exclut notamment les litiges en matière de divorce, séparation de corps, autorité parentale, mais autorise la résolution des différends relatifs, par exemple, à la liquidation du régime matrimonial post-divorce, au partage d'une succession, etc.

**20.** L'arbitrage international en matière familiale est en mouvement. La consécration de la contractualisation du droit de la famille impliquerait une révision du Code civil français pour ouvrir plus largement l'arbitrage aux litiges familiaux internationaux. Ce n'est pas par hasard si l'arbitrage est l'institution de référence, le réflexe, en matière d'arbitrage commercial international, c'est le résultat de ses caractéristiques intrinsèques. Si le droit international de la famille devait s'inscrire dans un esprit de commerce, de marchandisation, l'arbitrage international serait une solution toute trouvée : l'arbitrage est une justice rapide – plus célère que la justice étatique -, elle est confidentielle (elle pourrait être un allié des secrets de famille). Cette position n'est pas sans enjeu, sans défi, sans inquiétude, notamment au regard d'un éventuel arbitrage de complaisance. Reste à savoir qui payera les frais et qui ferait les frais d'une telle ouverture.

**21. La justice arbitrale :** Entre popularité et défiance, l'arbitrage en matière internationale consiste à intégrer, avant tout litige, dans un contrat, une clause d'arbitrage, qui prolonge la volonté des parties, jusqu'à trouver un accord final qui solutionne le différend désormais avéré mais initialement seulement potentiellement envisagé par les parties. Le litige n'était pas né au moment de la conclusion du contrat, mais il était susceptible de naître. Les parties s'étaient accordées pour désigner un tiers dans l'hypothèse où ce litige surviendrait. Lorsque ce jour naît, un débat est déjà écarté, celui de la juridiction compétente, et une solution personnalisée s'offre alors aux parties. Cette justice repose sur la volonté des parties. Elle est ainsi de nature hybride, à la fois contractuelle et juridictionnelle. La prépondérance de la volonté des parties est significative : la volonté des parties institue une justice privée qui fait échec à la toute-puissance de la justice étatique. Le pouvoir judiciaire n'est ainsi pas une exclusivité du pouvoir étatique. Néanmoins, l'arbitre s'il est certes un juge privé ne dispose pas d'un champ d'action aussi étendu qu'un juge étatique. Les limites de l'arbitrage proviennent d'une part de son domaine d'intervention – tout n'est pas arbitrable – et de la réalisation de sa mission. Un arbitre a une « *mission juridictionnelle*<sup>30</sup> ». C'est une mission, cela implique qu'elle est

---

<sup>30</sup> JARROSSON Ch., *La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987, p.372.

temporaire. Pour mener à bien sa mission qu'il clôturera en tranchant le conflit grâce à un acte de *juridictio*, l'arbitre dispose d'un mini *imperium*. Souvent, il est considéré qu'il en est dépourvu. L'*imperium* dans certains pays concrétise, symbolise, l'investiture juridictionnelle conférée par une autorité étatique. Comme l'arbitre n'est pas investi par une autorité étatique, qu'il ne représente ni une souveraineté ni une territorialité, il semble difficile de lui attacher un *imperium*. Mais, « *l'arbitre exprime l'idée d'une justice sans l'Etat ou plus simplement : « le droit sans l'Etat ».*<sup>31</sup> » A ce titre, il dispose de ce qui pourrait être qualifié d'un mini-*imperium* ou d'un *imperium* partiel. L'*imperium* se décline en plusieurs catégories, il « *n'est pas unique mais pluriel, n'est pas figé mais évolutif*<sup>32</sup>». Il existe la *juridictio*, c'est-à-dire le pouvoir de dire le droit, l'*imperium mixtum*, l'*imperium merum* et l'*imperium summum*. L'*imperium mixtum* est celui qui revient à l'arbitre car il ne dépend pas d'un monopole étatique. Il « *se définit comme l'injonction purement intellectuelle adressée aux parties ou à des tiers sans que soit impliquée la contrainte matérielle.*<sup>33</sup> » L'*imperium merum* est le pouvoir le plus absolu, seul le juge étatique en dispose et non l'arbitre. « *Il est un ordre enjoignant aux organes de contrainte de prêter leur concours à l'exécution de la décision.*<sup>34</sup> » L'*imperium summum* « *instrument de la souveraineté territoriale de l'Etat, rassemble la contrainte matérielle et l'exécution forcée exercée par un organe de contrainte.*<sup>35</sup> » Autrement dit, le juge, lui, dispose pleinement de l'*imperium* et de la *juridictio*. Le juge peut tout obtenir des parties et des tiers, il peut ordonner des saisies, des astreintes, à l'égard de quiconque et sa décision est un acte authentique donc il a une force exécutoire, outre la date certaine et la force probante. Or, pour procéder à l'exécution forcée d'une sentence, il faut obtenir l'*exequatur* d'un juge ; pour ordonner certaines saisies, il faut le soutien d'un juge étatique, etc., l'arbitre peut avoir besoin d'un juge étatique dans le cadre de sa mission. Un juge, lui, n'a jamais besoin d'un arbitre pour juger.

**22. Distinction arbitre versus juge étatique :** L'arbitre se distingue du juge étatique. L'arbitre a une mission contractuelle qui puise sa source dans la convention d'arbitrage

---

<sup>31</sup> CHEKROUN D., *L'imperium de l'arbitre*, L'arbitrage, Archives de Philosophie du Droit, Tome 52, 2009, Dalloz, p.137.

<sup>32</sup> CHEKROUN D., *L'imperium de l'arbitre*, L'arbitrage, Archives de Philosophie du Droit, Tome 52, 2009, Dalloz, p.137.

<sup>33</sup> CHEKROUN D., *L'imperium de l'arbitre*, L'arbitrage, Archives de Philosophie du Droit, Tome 52, 2009, Dalloz, p.179.

<sup>34</sup> CHEKROUN D., *L'imperium de l'arbitre*, L'arbitrage, Archives de Philosophie du Droit, Tome 52, 2009, Dalloz, p.179.

<sup>35</sup> CHEKROUN D., *L'imperium de l'arbitre*, L'arbitrage, Archives de Philosophie du Droit, Tome 52, 2009, Dalloz, p.178-179.

alors que le juge dispose d'une investiture conférée par l'autorité étatique. Si leurs statuts se différencient, leurs fonctions sont similaires. Tous deux ont une fonction juridictionnelle. En revanche, la force exécutoire de la sentence arbitrale ne s'acquiert que grâce à la procédure de *l'exequatur*. Ces deux institutions tendent à se compléter grâce à une meilleure coordination, collaboration, en sachant que la justice étatique prévaut sur la justice arbitrale sans néanmoins impliquer une hiérarchisation.

**23. L'arbitre choisi par les parties versus juge étatique imposé :** Un des avantages majeurs de l'arbitrage, régulièrement mis au premier plan, si ce n'est sur un piédestal, c'est la place de la volonté des parties dans le choix de leur arbitre. Les parties peuvent choisir leur arbitre et non leur juge. L'arbitre désigné par les parties bénéficie ainsi de leur confiance spontanée. Le choix des parties se fonde sur la compétence juridique, technique, humaine, sur son autorité, son milieu, etc., peu importe le ou les critère(s) à l'origine du choix, l'existence d'un seul critère justifie ce regard bienveillant, cette relation de confiance. Toutefois, le choix par les parties de leur arbitre ne doit pas leur faire omettre que ce dernier est indépendant. Certes, ce sont eux qui l'ont désigné, mais il est libre, il est là pour trancher un litige et non pour de la connivence.

En outre, en droit international, hors *forum shopping* à mauvais escient, il est possible de choisir son juge. Pas le juge personne humaine, il est vrai, mais la juridiction compétente. La dichotomie entre choix et imposition est plus ténue qu'il n'y paraît.

**24. L'arbitre, un juge privé temporaire versus un juge étatique permanent :** Le statut de l'arbitre est mis à mal, par rapport à celui du juge, en raison de sa précarité. L'arbitre est le juge de l'éphémère. L'arbitrage qu'il aura à rendre sera peut-être le seul de sa vie. Rien n'est moins sûr, les arbitres professionnels sont majoritaires en pratique. En revanche, le juge, par son statut, représente la durée, la permanence, la stabilité. Ces qualificatifs seraient en réalité plus appropriés pour définir le tribunal étatique qui défie les siècles et demeure après chaque litige, mais pour le juge personne physique, n'est-il pas, lui aussi, comme l'arbitre, dessaisi du dossier dès lors qu'il a été instruit et jugé ? Le juge n'est-il pas susceptible d'être affecté à une autre juridiction ? Pire encore, le juge personne physique, instruira-t-il vraiment le dossier jusqu'au bout ? Il est probable que le juge commence à étudier le dossier avant d'être affecté à un autre poste découvrant alors d'autres dossiers et transmettant celui-ci à un autre juge. L'arbitre, personne physique désigné *intuitu personae*, ne sera pas dessaisi tant qu'il n'aura pas rendu sa sentence arbitrale. En outre, la permanence d'un juge dépend également de son lieu



d'exercice. Dans l'hypothèse où le juge, personne physique, instruirait le dossier jusqu'au prononcé de sa décision, ce dernier, tout comme l'arbitre, aura fini sa mission en rendant sa décision. En cas de contestation d'une décision de justice, ce serait un autre juge qui serait nouvellement missionné à cet effet. D'ailleurs, l'article 481 du Code de procédure civile français énonce clairement ce principe en son alinéa premier, lequel dispose que « *le jugement, dès son prononcé, dessaisit le juge de la contestation qu'il tranche.* »

**25.** Le juge étatique n'est pas lui-même une seule et unique entité, son statut n'est pas uniforme. Il n'y a pas un juge étatique mais des juges étatiques, par leur nombre certes mais surtout par leurs fonctions. Juge administratif, judiciaire, pénal, juge aux affaires familiales, juge pour enfants, juge au sein des tribunaux paritaires des baux ruraux, juge du parquet, juge du siège, juge consulaire, juge élu par leurs pairs, juge non-professionnel (au conseil des prud'hommes par exemple), juge à temps partiel ou à temps plein, etc. autant de spécificités dans l'univers de la justice. Faut-il ajouter à cette liste non exhaustive l'arbitre au motif qu'il rend une décision de justice qui a l'autorité de la chose jugée ? Une telle hypothèse reviendrait à nier la particularité du statut d'arbitre, juge privé, conventionnellement choisi par les parties, soutenu par un juge d'appui. « *L'arbitre et le juge ont des statuts équivalents et non pas hiérarchisés : l'arbitre n'est pas une « espèce » du juge étatique, au sens de la classification hiérarchique qui distinguerait le genre (le juge) et l'espèce (l'arbitre).*<sup>1</sup> » L'arbitre a un statut à part entière, internationalement reconnu en matière commerciale, il semble désormais, en quête de notoriété en droit international privé de la famille.

**26. L'arbitre en quête d'une place pour les litiges familiaux d'ores et déjà arbitrables :** L'arbitrage international désigne surtout l'arbitrage commercial international et ne semble pas rimer avec l'arbitrage familial international. Evoquer l'arbitrage international implique une dimension commerciale de prime abord, et pourtant. Certes, le droit de la famille est intimement lié à l'indisponibilité des droits et l'ordre public, mais nombreux sont aussi les droits purement patrimoniaux arbitrables. Pour ces litiges, comme par exemple, un différend relatif au partage partiel d'un compte titres qui finaliserait le partage total de la succession, la place de l'arbitre, légitime et légale, n'est pas évidente. Le recours à l'arbitre n'est pas encore acquis en pratique dès lors que la matière familiale est de près ou de loin liée. Il faudrait ôter des esprits l'arbitrage raté de l'affaire *Vasarely*<sup>1</sup> pour que l'arbitrage en droit international de la famille puisse prendre son essor. Après cette tentative, la réconciliation entre les matières pourrait résulter de l'anticipation de celle-ci grâce à l'organisation de l'arbitrage au sein d'une

clause compromissoire. Encore faudrait-il que le litige soit arbitral, première étape indispensable à la mise en application de l'arbitrage.

**27. Typologie de l'arbitrage : arbitrage *ad hoc* et arbitrage institutionnel :** Les mots-clés de l'arbitrage *ad hoc* sont la volonté, la liberté, la maîtrise. La volonté des parties et du tribunal de recourir à un arbitrage totalement personnalisé dans la mesure où il n'est lié, influencé, organisé, par aucune structure préexistante. La liberté de choisir les règles de fonctionnement de l'instance arbitrale. La maîtrise des règles du jeu qu'elles peuvent définir, lesquelles conviennent d'un commun accord de se référer aux règlements connus en la matière. Le règlement d'arbitrage élaboré par les institutions arbitrales est bien évidemment applicable aux arbitrages *ad hoc*. L'absence de règles, aussi attirante soit-elle, peut néanmoins comporter une difficulté lorsque les parties n'ont pas de volonté ou lorsque les parties ne s'entendent pas et ne peuvent pas accepter la volonté d'autrui. Le silence d'une des parties est un frein redoutable qui empêche d'avancer. Afin que la situation ne s'arrête pas au début du chemin, le juge pourra intervenir. Il s'agit alors d'un contentieux pré-arbitral qui retarde nécessairement le moment où le fond du litige sera jugé. Cette perte de temps pour l'une des parties peut constituer un gain non négligeable pour une autre, notamment si le conflit repose sur la résidence habituelle d'un enfant. Le déchirement de l'un s'opposera au bonheur de l'autre qui vit avec son enfant.

C'est un inconvénient qui inciterait certaines familles à se diriger vers un arbitrage institutionnel. En effet, ce dernier offre une structure organisée, des règles applicables à l'instance arbitrale qui n'ont pas à être négociées et qui au contraire ont été améliorées avec le temps afin de garantir une efficacité. Les parties pourraient alors penser que cette forme d'arbitrage leur permet de se concentrer exclusivement sur leur litige et non d'augmenter le risque de conflit en se dispersant sur des choix de règles, d'organisation procédurale, etc., cet arbitrage institutionnel confère ainsi un sentiment de sécurité, une impression de résoudre directement le conflit, et ce, *a fortiori* si l'institution arbitrale est reconnue de notoriété publique sur la scène internationale depuis de nombreuses années comme étant « la » référence. L'institution arbitrale qui agirait comme un juge d'appui éluderait un contentieux pré-arbitral et pourrait arguer de son professionnalisme devant les parties. Professionnalisme qui devra être rémunéré par les parties... En revanche, dans un cas le service rendu générera un coût supplémentaire potentiellement non négligeable, bémol de l'attrait de l'arbitrage, dans l'autre cas, la philanthropie de l'institution judiciaire sera reconnue. Tout en sachant que l'institution arbitrale est susceptible d'échouer dans sa mission si elle ne peut pas composer un tribunal sans

l'accord des deux parties. Ces dernières devront alors, quoiqu'il en soit, se tourner vers le juge. Il faut être conscient que lorsque le contentieux pré-arbitral existe, ce n'est pas la structure de l'arbitrage qui l'élimine, cela dépend de la volonté des acteurs, volonté apaisante ou vengeresse, et qu'en tout dernier lieu, c'est le juge, au-dessus de la volonté des parties, qui, lui seul, peut imposer une solution. Si un tribunal arbitral était constitué contre la volonté d'une des parties, il serait constaté qu'il est irrégulièrement composé et il devra lui-même se déclarer incompétent. Cette parfaite égalité entre les parties dans le cadre de la constitution du tribunal arbitral est un principe d'ordre public procédural international depuis l'arrêt *Dutco* rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation, le 7 janvier 1992<sup>36</sup>. Si le tribunal arbitral peut être librement constitué, des centres d'arbitrages en matière familiale s'organisent petit à petit en France, avec la création d'une chambre d'arbitrage et de conciliation spécialisée en droit de la famille, du centre d'arbitrage des affaires familiales, le centre d'arbitrage des litiges familiaux (CALIF). Ces centres répondent à une dimension d'opportunité qui investit la pratique en ce domaine.

**28. Distinction de l'arbitrage des institutions voisines :** Si l'arbitre peut avoir besoin du juge, c'est seulement en appui. L'arbitre reste un juge privé qui dispose d'un pouvoir juridictionnel. Ce pouvoir fondamental le distingue des conciliateurs et médiateurs. Ces derniers ne disposent pas de pouvoir juridictionnel, ils interviennent uniquement, plus ou moins activement, pour aider les parties à trouver un accord. Comme un conseiller, un ami bienveillant, le médiateur ou le conciliateur peuvent influencer les parties pour qu'ils s'entendent mais ils ne prendront aucune décision, ils ne trancheront aucun litige. Souvent, c'est une première étape en vue de la résolution d'un conflit, destinée à éviter le recours en justice – privative ou étatique – afin qu'amiablement les parties puissent s'accorder. Cette complémentarité autorise la tendance actuelle à insérer dans les contrats internationaux une clause de médiation ou de conciliation préalablement à l'arbitrage.

**29. Arbitrage versus conciliation :** La conciliation est extra-judiciaire ou judiciaire. Elle est judiciaire lorsqu'elle est ordonnée par le juge. Elle concerne essentiellement les petits litiges. En cas de conciliation, même partielle, il peut être établi un constat d'accord signé par

---

<sup>36</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 7 janv. 1992, Rev. arb. 1992, p.470, note BELLET P., RTD com. 1992, p.796, obs. LOQUIN E., JDI 1992, p.712, note JARROSSON Ch..

les parties et le conciliateur de justice<sup>37</sup>. Lorsque la conciliation met fin à un différend transfrontalier, la requête est présentée par l'ensemble des parties ou par l'une d'elles, sur justification du consentement exprès des autres parties. Ce consentement peut être contenu dans le constat d'accord<sup>38</sup>. La conciliation est organisée par le juge et en cas d'échec, les parties retournent vers ce juge.

**30.** Elle est extra-judiciaire lorsqu'il s'agit d'une convention conclue entre les parties à un contrat qui s'engage à saisir un conciliateur en cas de survenance d'un éventuel différend. La mission du conciliateur est définie à l'avance et limitée dans le temps. Il doit résoudre le litige, et son avis devra être accepté par les parties, à défaut, il faudra saisir un juge.

**31.** Sur le plan international, elle se définit comme un « *mode de règlement pacifique des différends internationaux d'une commission chargée, en mettant en œuvre une procédure contradictoire, d'examiner l'affaire et de proposer une solution.* »<sup>39</sup> »

**32. Arbitrage versus médiation :** Si la médiation a des points communs avec l'arbitrage, les deux institutions sont néanmoins différentes. La médiation<sup>40</sup> est un processus structuré qui a pour finalité de faire prendre conscience aux parties de leurs points de vigilance source de discorde, leurs oppositions, leurs intérêts pour établir un accord raisonnable, en dehors de toute procédure judiciaire. Cet accord est trouvé grâce à l'aide d'un médiateur, fin psychologue, tiers qui n'a pas d'autorité juridique mais qui a un diplôme à cet effet et qui agit

---

<sup>37</sup> Article 1540 du Code de procédure civile français, lequel poursuit ainsi : La conciliation peut également être consignée dans un constat signé par le conciliateur et une ou plusieurs des parties lorsque l'une ou plusieurs d'entre elles ont formalisé les termes de l'accord auquel elles consentent dans un acte signé par elles et établi hors la présence du conciliateur de justice ; il incombe alors à ce dernier de viser l'acte dans le constat et de l'annexer à celui-ci. / La rédaction d'un constat est requise lorsque la conciliation a pour effet la renonciation à un droit. / Un exemplaire du constat est remis à chaque intéressé. Le conciliateur de justice procède également, sans délai, au dépôt d'un exemplaire au greffe du tribunal d'instance.

<sup>38</sup> Article 1541 du Code de procédure civile français, lequel poursuit : Est transfrontalier le différend dans lequel, à la date où il est recouru à la conciliation, une des parties au moins est domiciliée ou a sa résidence habituelle dans un Etat membre de l'Union européenne autre que la France et une autre partie au moins est domiciliée ou a sa résidence habituelle en France.

<sup>39</sup> GUINCHARD S. et DEBARD Th. (ss dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 27<sup>ème</sup> édition, 2019-2020, p.77.

<sup>40</sup> Article L.213-1 du Code de la justice administrative : la médiation « *s'entend de tout processus structuré, qu'elle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par la juridiction* ».

Autre définition selon la Cour de cassation : « *la médiation consiste à confier à un tiers impartial, qualifié et sans pouvoir de décision sur le fond, « le médiateur », la mission d'entendre les parties en conflit et de confronter leurs points de vue au cours d'entretiens, contradictoires ou non, afin de les aider à rétablir une communication et à trouver elles-mêmes des accords mutuellement acceptables.* » in Bulletin d'information de la Cour de cassation, hors-série :

<https://www.courdecassation.fr/publications/26/bulletin-information-cour-cassation-27/hors-serie-2074/media-tion-8925.html#haut>

en toute impartialité. Il peut prendre la forme d'une transaction qui n'est pas rédigée par le médiateur et qui sera, ou non, homologuée par le juge. A défaut d'accord, les parties retournent vers le juge.

**33. L'expérience d'une médiation obligatoire :** A titre expérimental, jusqu'au 31 décembre 2019, une tentative de médiation était obligatoire, sauf violences commises sur un parent ou un enfant, avant toute demande de modification des décisions et conventions homologuées fixant les modalités de l'exercice de l'autorité parentale dans les tribunaux de grande instance de Bayonne, Bordeaux, Cherbourg-en-Cotentin, Évry, Nantes, Nîmes, Montpellier, Pontoise, Rennes, Saint-Denis et Tours.

**34. La médiation notariale conventionnelle en quelques chiffres :** le premier centre de médiation notariale a été créé en 2013 à Paris, l'objectif est d'avoir 18 centres en France en 2020. La durée moyenne d'une médiation est de trois mois. Les champs d'intervention du notaire médiateur sont le droit de la famille, le droit immobilier et le droit de l'entreprise. En 2016, le Code de la consommation a obligé les professionnels à proposer à tout consommateur l'accès à un dispositif de médiation en vue de la résolution amiable de tout éventuel litige aussi, en octobre 2016, le premier médiateur de la consommation de la profession notariale a été nommé. Pour les années 2018 et 2019, il a été comptabilisé 1078 saisines, 108 propositions de médiations dont 55 en faveur du consommateur et 32 en faveur du professionnel, la durée moyenne de la résolution des litiges était de 59 jours<sup>41</sup>.

**35. Arbitrage et procédure participative :** Il existe également la procédure participative, organisée par les articles 2062 à 2068 du Code civil français, qui est une convention par laquelle les parties, à un différend qui n'a pas encore donné lieu à la saisine d'un juge ou d'un arbitre « *s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend* »<sup>42</sup>. Elle a pour objectif de trouver un accord préalablement à la saisine d'un juge.

**36. Arbitrage versus expertise :** Cette force juridictionnelle de l'arbitrage le distingue également de l'expertise. Un expert n'émet aucun avis obligatoire, il constate des faits. Si des formulations maladroites ont pu être constatées, celles-ci ont été requalifiées.

**37. Arbitrage versus transaction :** Peut-être de manière plus ténue, l'arbitrage se

---

<sup>41</sup> *Médiation et déjudiciarisation*, Le Club du droit, Journal du dimanche, 26 janvier 2020.

<sup>42</sup> Article 2062 du Code civil français, qui précise que cette convention est conclue pour une durée déterminée.

distingue aussi de la transaction. Une différence éventuellement plus sibylline puisque la transaction relève également de la matière contractuelle : c'est un contrat qui met un terme à un litige, un accord qui met fin à un litige et fait obstacle à toute procédure sur l'objet transigé. La transaction intervient à l'issue d'une médiation, d'une conciliation ou même quelquefois en cours de procédure arbitrale. Dans cette hypothèse, l'arbitre rend une sentence accord-parties afin de constater leur accord. Cette pratique ambiguë qui mélange les styles ne doit pas faire omettre la grande différence entre la transaction et l'arbitrage. L'arbitrage est une procédure qui se clôture par le prononcé d'un acte juridictionnel qui émane d'un tiers et s'impose impérativement aux parties : à savoir la sentence arbitrale. En revanche, la transaction reste un contrat entre les parties émanant de leurs volontés, qui constate leurs concessions réciproques et leur accord, il n'y a ni *juridictio* ni *imperium*.

**38. Les sources de l'arbitrage :** L'arbitrage international trouve notamment sa source au sein des instruments internationaux et des sources nationales. Pour les instruments internationaux, il s'agit d'une part des conventions internationales comme, initialement, le Protocole de Genève de 1923 relatif aux clauses d'arbitrage suivi de la Convention de Genève du 26 septembre 1927 pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères qui ont été les premiers instruments internationaux relatifs à l'arbitrage commercial international. Ils ont été remplacés à la suite d'une adoption par la Conférence des Nations Unies, par la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Cette convention ratifiée par cent quarante-quatre Etats favorise l'essor de l'arbitrage international. La convention européenne sur l'arbitrage commercial international de Genève du 21 avril 1961 traite notamment de la capacité des personnes morales de droit public de soumettre à l'arbitrage et de l'annulation des sentences arbitrales. La Convention de Washington du 18 mars 1965 a donné naissance au Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI).

Il faut noter que la Convention de Bruxelles de 1968 exclut en son article premier l'arbitrage<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> Convention concernant la compétence judiciaire à l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, signée le 27 septembre 1968, n°72/454/CEE, Journal Officiel des Communautés Européennes du 31 décembre 1972, n°L299/32 et s., « Titre premier, champ d'application, la présente Convention s'applique en matière civile et commerciale et quelle que soit la nature de la juridiction. Sont exclus de son application : 1. L'état et la capacité des personnes physiques, les régimes matrimoniaux, les testaments et les successions ; 2. Les faillites, concordats et autres procédures analogues ; 3. La sécurité sociale ; 4. L'arbitrage. ». Cette convention a été appliquée du 1<sup>er</sup> février 1973 au 31 décembre 1999.

Bien que cette convention fût remplacée par le Règlement européen du 22 décembre 2000<sup>44</sup>, lui-même modifié par le Règlement européen du 12 décembre 2012<sup>45</sup>, l'exclusion de l'arbitrage est maintenue<sup>46</sup>.

**39.** La Convention dite de Singapour<sup>47</sup>, proche de la convention de New-York sur les sentences arbitrales, exclut également le droit de la famille. Le contexte craintif réservé à l'égard de l'arbitrage familial international s'illustre une nouvelle fois dans un instrument international. Cependant, cette appréhension ne doit pas interdire d'envisager la faisabilité d'un éventuel essor de la mise en œuvre de l'arbitrage familial international, notamment par l'insertion de convention d'arbitrage dans les actes qui régissent le droit de la famille.

**40.** Outre ces instruments internationaux, il existe des instruments internationaux facultatifs comme le règlement d'arbitrage du 28 avril 1976 élaboré par la Commission des Nations Unies pour le Droit du Commerce International (CNUDCI), révisé en 2010. Il est complété en matière d'investissement par un règlement sur la transparence. Une loi-type, loi modèle, a également été mise en place par la CNUDCI le 21 juin 1985, il s'agit d'un instrument qui sert de référence notamment pour la rédaction ou la révision d'une loi nationale sur l'arbitrage international. S'ajoutent également tous les règlements de chaque chambre d'arbitrage.

**41.** Il ne faut pas omettre la jurisprudence particulièrement celle de la Cour de justice de l'Union européenne, l'influence des sentences arbitrales au sein des chambres arbitrales et de la doctrine.

**42.** Pour les sources d'origines nationales, en France, le droit de l'arbitrage a été modifié par

---

<sup>44</sup> Règlement CE, n°44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dit Bruxelles I, Journal officiel des Communautés Européennes n°L012 du 16 janvier 2001, p.1 à 23.

<sup>45</sup> Règlement UE, n°1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, Journal officiel de l'Union Européenne n°L351, du 20 décembre 2012, p.1 à 21.

<sup>46</sup> Article premier d) du Règlement CE n°44/2001, *op. cit.* et Règlement UE n°1215/2012 : « *Chapitre 1 portée et définitions, article premier : 1. Le présent règlement s'applique en matière civile et commerciale et quelle que soit la nature de la juridiction. Il ne s'applique notamment ni aux matières fiscales, douanières ou administratives, ni à la responsabilité de l'Etat pour des actes ou des omissions commis dans l'exercice de la puissance publique (acta jure imperii). 2. Sont exclus de son application : a) l'état et la capacité des personnes physiques, les régimes matrimoniaux ou les régimes patrimoniaux relatifs aux relations qui, selon la loi qui leur est applicable, sont réputés avoir des effets comparables au mariage ; b) les faillites, concordats et autres procédures analogues ; c) la sécurité sociale ; d) l'arbitrage ; e) les obligations alimentaires découlant de relations de famille, de parenté, de mariage ou d'alliance ; f) les testaments et les successions, y compris les obligations alimentaires résultants du décès* ».

<sup>47</sup> Convention des Nations-Unies sur les accords de règlement internationaux issus de la médiation, résolution adoptée le 20 décembre 2018, article premier « *la présente Convention s'applique à tout accord issu de la médiation et conclu par écrit par des parties pour régler un litige commercial qui, au moment de sa conclusion est international (...) la présente Convention ne s'applique pas aux accords de règlement (...) relatifs au droit de la famille, des successions (...) aux accords de règlements qui ont été enregistrés et son exécutoires en tant que sentence arbitrale (...)*.

les réformes des 14 mai 1980<sup>48</sup>, 12 mai 1981<sup>49</sup>, 13 janvier 2011<sup>50</sup>. Là encore le travail de la jurisprudence et de la doctrine ne doit pas être occulté. Les réformes en matière d'arbitrage ont pris en considération les acquis jurisprudentiels. L'influence de la Cour de cassation est notable, il en est de même pour certaines décisions émises par des juges du fond.

**43. Des sources variées et divisées quant à l'opportunité du développement de l'arbitrage familial international :** La Cour de cassation française est notamment favorable au développement de l'arbitrage pour les litiges relatifs à la liquidation d'un régime matrimonial<sup>51</sup> ou d'une succession<sup>52</sup>, qu'elle considère arbitrables depuis de nombreuses années.

**44.** La doctrine est divisée. Certains évoquent l'inutilité de l'arbitrage familial international, sans saveur et sans avenir. Ce sujet ignoré par certains, soit par pudeur, soit par crainte, soit par désintérêt profond d'une matière technique, potentiellement chronophage et peu lucrative, ne semble pourtant pas vain. Il s'agirait plutôt d'un thème au cœur de l'actualité juridique. Certes, « *il pourrait paraître étonnant a priori de s'intéresser à l'arbitrage en droit de la famille.*<sup>53</sup> » Les termes semblent antagoniques. Toutefois, cette technique efficace, discrète, rapide, rentable, est quotidiennement pratiquée dans certains états notamment européens, en matière patrimoniale de la famille, lors des procédures de divorce par exemple. « *Il est vrai que le recours à l'arbitrage présente de nombreux avantages pour les affaires familiales : la célérité dans le règlement du litige, la liberté de constituer le tribunal arbitral en considération de son expérience et de ses compétences, la confidentialité dans le traitement de l'affaire, la possibilité de dépayser le litige et celle de statuer en équité.*<sup>54</sup> » Si la doctrine majoritaire, à l'instar de la position de la Cour de cassation, ne semble pas émettre d'objections à l'arbitrabilité des litiges en matière patrimoniale, il n'en est pas de même en matière extra-patrimoniale, où des sensibilités, juridiques et extra-juridiques, sont susceptibles de s'immiscer. Le droit de la famille gouverne en effet des sujets qui électrisent les débats.

---

<sup>48</sup> Décret n°80-354 du 14 mai 1980, relatif à l'arbitrage et destiné à s'intégrer dans le Nouveau code de procédure civile.

<sup>49</sup> Décret n°81-500 du 12 mai 1981 instituant les dispositions des livres III et IV du Nouveau code de procédure civile et modifiant certaines dispositions de ce code.

<sup>50</sup> Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage.

<sup>51</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 25 janv. 1963, JCP G. 1964, II, 13472, note P.L.

<sup>52</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 5 juin 1973, n° 72-10.870, Juris Data n°1973-000192, Bull. civ. 1973, I, n°192, *Rev. arb.* 1974, p. 11, note LOQUIN E..

<sup>53</sup> RACINE J.- B., *L'arbitrabilité des litiges de droit de la famille*, Droit et patrimoine, n°275, 1<sup>er</sup> décembre 2017, p.26 et s..

<sup>54</sup> DEVERS A., *L'arbitrage en droit de la famille*, Droit de la famille, LexisNexis, n°1, janvier 2019, dossier n°7, paragraphe 1.



**45. Généralisation de l'arbitrage international aux affaires familiales :** Sur le plan international, l'arbitrage des affaires familiales ne pourrait-il pas devenir le mode normal de résolution des conflits, perçu comme l'instrument nécessaire au bien-être des familles afin de régler leurs litiges avec une attention bienveillante ? Le « dépaysement du litige » offert par l'arbitrage rassure les parties qui n'auraient pas la certitude de trouver la neutralité recherchée auprès des juridictions étatiques : le « national » partage une langue, une culture avec le *forum* local contrairement à « l'étranger ». Le « dépaysement du litige » répond aux attentes des parties à l'heure de la mondialisation et de la profonde transformation du droit de la famille de plus en plus contractuel et privatisé. « *Seules des réponses communes pourraient permettre d'éviter ce que la mondialisation pourrait avoir de pire : la transformation du monde en un vaste marché sur lequel l'homme, et plus généralement « l'humain » serait considéré comme une marchandise, du moins comme un objet d'échange parmi d'autres*<sup>55</sup> ». Eviter le pire effectivement, c'est un enjeu majeur. Aussi est-il fondamental notamment de délimiter l'arbitrabilité des litiges familiaux, respecter l'ordre public en matière internationale, articuler la procédure arbitrale et étatique lorsque l'arbitrage ne pourrait pas résoudre l'intégralité du litige. Envisager « *la faculté pour des arbitres de se substituer aux juges étatiques afin de résoudre les conflits familiaux internationaux*<sup>56</sup> » c'est « *un sujet en ébullition*<sup>57</sup> ». « *Il y a là une faculté qui, en France, ne peut s'appuyer sur aucun texte et aucune jurisprudence significative.* »<sup>58</sup>

**46.** « *Un sujet en ébullition*<sup>59</sup> » qui repose sur une idée qui n'est pas novatrice et pour laquelle de nombreux praticiens œuvrent pour la vulgarisation de l'arbitrage familial international de telle sorte que le recours à cette institution devienne un réflexe.

**47.** La première partie révèle que l'arbitrabilité des litiges familiaux internationaux commande de respecter des impératifs que certains souhaiteraient dépasser. La seconde partie envisage la mise en œuvre de l'arbitrage des litiges familiaux internationaux arbitrables afin de

---

<sup>55</sup> FULCHIRON H., *La famille face à la mondialisation*, in LOQUIN E. et KESSEDJIAN C. (dir.), *La mondialisation du droit*, Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et investissements internationaux, vol. 19, Litec 2000, p.479 et s., spéc. p.493.

<sup>56</sup> FARGE M., *L'arbitrage et le contentieux familial international : deux mondes qui pourraient se rapprocher ?*, in Mélanges offerts à Geneviève PIGNARRE, un droit en perpétuel mouvement, LGDJ, 2018, p.323.

<sup>57</sup> FARGE M., *L'arbitrage et le contentieux familial international : deux mondes qui pourraient se rapprocher ?*, in Mélanges offerts à Geneviève PIGNARRE, un droit en perpétuel mouvement, LGDJ, 2018, p.323.

<sup>58</sup> FARGE M., *L'arbitrage et le contentieux familial international : deux mondes qui pourraient se rapprocher ?*, in Mélanges offerts à Geneviève PIGNARRE, un droit en perpétuel mouvement, LGDJ, 2018, p.323.

<sup>59</sup> FARGE M., *L'arbitrage et le contentieux familial international : deux mondes qui pourraient se rapprocher ?*, in Mélanges offerts à Geneviève PIGNARRE, un droit en perpétuel mouvement, LGDJ, 2018, p.323.

mettre l'arbitrage au service de la famille, au service des affaires familiales.

**Première partie : l'arbitrabilité des litiges familiaux internationaux**

**Seconde partie : l'arbitrage des litiges familiaux internationaux**



## **PREMIERE PARTIE**

# **L'ARBITRABILITE DES LITIGES FAMILIAUX INTERNATIONAUX**



**48. Définition de l'arbitrabilité :** L'arbitrabilité « *exprime la qualité qui s'applique à une matière, à une question ou à un litige, d'être soumis au pouvoir juridictionnel des arbitres*<sup>60</sup> ». L'arbitrabilité c'est la possibilité d'arbitrer un litige, de soumettre un litige à un arbitrage, de concevoir que l'objet du différend peut faire l'objet d'une convention d'arbitrage, que la personne a la capacité et le pouvoir de compromettre. « *L'arbitrabilité s'entend d'un litige ou d'une question de droit impliquée dans un litige en raison de sa nature. La non-arbitrabilité devrait être l'impossibilité d'examiner une question indépendamment de la réponse qu'elle comporte.*<sup>61</sup> » Ces définitions, très claires, ne laissent pas présager de la difficulté concrète qui existe pour qualifier la notion d'arbitrabilité. Il suffit d'approfondir un peu pour comprendre que cela n'est pas si simple, ni sans conséquences.

**49. Que résulterait-il d'un litige qui ne serait pas arbitral ?** Dans l'hypothèse où le litige ne serait pas arbitral, l'arbitre saisi doit se déclarer incompétent. A défaut, d'une part dans l'Etat du siège, sa sentence serait susceptible d'annulation, d'autre part, dans l'Etat d'exécution, cette dernière pourrait se voir refuser l'exequatur. En outre, un tribunal étatique n'aurait pas à se dessaisir au profit de l'arbitre désigné par les parties qui, lorsque le litige est inarbitral, n'a, en réalité, aucune compétence. Ainsi, la question de l'arbitrabilité peut être soulevée à plusieurs niveaux, par la partie qui ne veut pas de l'arbitrage, devant le tribunal arbitral, devant le juge national pour demander l'annulation de la sentence lors de la reconnaissance et de l'exécution de la décision.

**50. Une notion complexe qui se définit à travers ses critères :** La difficulté de la notion d'arbitrabilité est notamment liée à son intimité avec les notions encore plus abstraites telles que l'ordre public, l'indisponibilité, la transigibilité, la patrimonialité. Cette intimité évolue au fil du temps afin d'articuler entre elles, le plus harmonieusement possible, ces différentes notions. Ainsi, par exemple, l'ordre public, un des obstacles traditionnels à l'arbitrabilité des litiges, a peu à peu été apprivoisé de telle sorte que sa simple présence dans une réglementation ne constitue plus une exclusion automatique ni péremptoire à l'arbitrabilité du litige. Ainsi, la Cour d'appel de Paris, le 19 mai 1993, dans son arrêt Labinal, indique que « *l'arbitrabilité d'un litige n'est pas exclue du seul fait qu'une réglementation d'ordre public est applicable au rapport de droit litigieux ; qu'en matière internationale, l'arbitre apprécie sa*

---

<sup>60</sup> LEVEL P., L'arbitrabilité, Rev. arb., 1992, p.213.

<sup>61</sup> MAYER P., *Le contrat illicite*, Rev. arb., 1984, 205, spéc. p.213.

*propre compétence quant à l'arbitrabilité du litige au regard de l'ordre public international et dispose du pouvoir d'appliquer les principes et les règles qui en relèvent ainsi que d'en sanctionner la méconnaissance éventuelle, sous le contrôle du juge de l'annulation<sup>62</sup> ».*

**51.** Petit à petit, les pièces du puzzle s'assemblent pour illustrer cette notion complexe qui ne se comprend qu'à travers ses critères, qui, par définition, sont les éléments qui permettent de définir quelque chose.

**52. Quels sont les critères de l'arbitrabilité des litiges familiaux internationaux ?** Pour saisir le caractère protéiforme, les juristes ont déterminé les critères qui permettent de rattacher, ou non, la situation à la notion. Traditionnellement, dans les droits nationaux, il est possible de relever les critères d'arbitrabilités fondés sur l'ordre public, la disponibilité des droits, la transigibilité, la patrimonialité. Ces critères sont mouvants dans le temps et dans l'espace. Aussi, l'approche historique est essentielle pour comprendre la dynamique de la *favor arbitrandum* qui anime actuellement les débats. En outre, « *plusieurs phénomènes contemporains semblent aujourd'hui se conjuguer pour plaider en faveur d'une extension du domaine de l'arbitrage en droit extrapatrimonial de la famille : la contractualisation du droit de la famille, le développement des modes alternatifs de règlement des conflits (conciliation, médiation et convention de procédure participative) et la déjudiciarisation des affaires familiales.*<sup>63</sup> » Ces phénomènes contemporains très présents dans les droits nationaux ont des répercussions sur le droit international privé. Emerge alors un critère indispensable pour qualifier l'arbitrabilité d'un litige familial international, c'est celui de l'internationalité. L'internationalité d'un litige permet de connaître la dimension internationale ou non du litige. Aussi fondamental qu'il soit, le critère de l'internationalité n'est pas suffisant à lui seul pour définir l'arbitrabilité, et il s'entremêle avec les critères traditionnels de l'arbitrabilité. Ce chevauchement des critères de l'internationalité et de l'arbitrabilité ne rend pas toujours la distinction aisée. La séparation des deux critères est difficile d'une part en raison de la répercussion du champ d'application des critères nationaux sur la scène internationale mais aussi d'autre part en raison de la confusion qui existe dans certains Etats entre le droit interne et le droit international, confusion organisée par une volonté législative d'unir les deux droits au point d'adopter des systèmes dits « monistes ».

---

<sup>62</sup> CA PARIS, 1<sup>ère</sup> ch. A., 19 mai 1993, *Sté Labinal S.A. c. Mors et Westland Aerospace*, Rev. arb.1993.645, note JARROSSON Ch., RTD Com.1993.494, obs. LOQUIN E. ; JDI. 1993.957, note IDOT L..

<sup>63</sup> DEVERS A., *L'arbitrage en droit de la famille*, Droit de la famille, LexisNexis, n°1, janvier 2019, dossier n°7, paragraphe 1.

**53.** Ainsi, le critère de l'internationalité est un allié de l'arbitrabilité et le critère de l'arbitrabilité est un allié de la modernité. La modernité c'est ce qui s'oppose à l'ancien. Chaque époque prétend être moderne par rapport à celle qui la précède. La célèbre querelle des anciens et des modernes qui anime la littérature à la fin du XVIIème siècle en est une illustration. La modernité s'associe généralement à un sentiment de supériorité, Pascal serait supérieur à Platon, Boileau à Horace, etc.. La modernité est également associée à l'idée de progrès. Or le progrès, s'il constitue, par définition, une avancée, n'est pas toujours synonyme d'un changement positif. Aussi, l'élan *in favorem arbitrandum* pourrait mettre en lumière l'utilité de certains obstacles traditionnels et acquérir cette modernité qui, sans dénigrer le passé, aurait l'humilité de reconnaître que certaines valeurs doivent être préservées, particulièrement en matière d'arbitrabilité des litiges familiaux internationaux.

**54. Vers l'arbitrabilité des litiges familiaux internationaux : ses critères et ses alliés :** Contractualisation de la famille, contractualisation de la justice, individualisme, mobilité croissante, mondialisation, déjudiciarisation, déjuridictionnalisation, etc., autant de phénomènes qui s'imposent et modifient le paysage juridique contemporain. Les frontières sont géographiquement ouvertes et juridiquement ténues. Les liens qu'entretiennent la notion d'arbitrage interne avec celle d'arbitrage international peuvent être plus étroits qu'ils n'y paraissent, ce qui nécessite de distinguer les critères de l'internationalité de l'arbitrage des litiges familiaux. Ces critères auront une incidence directe sur l'arbitrabilité ou non du litige (Titre 1). Une arbitrabilité sous l'impulsion de l'évolution du droit de la famille, de l'audace de la doctrine – notamment - semble connaître une profonde mutation en matière familiale internationale (Titre 2).

## **Titre I : Critères de l'internationalité, un allié de l'arbitrabilité**

## **Titre II : Critères de l'arbitrabilité, un allié de la modernité**



# Titre I - Critères de l'internationalité, un allié de l'arbitrabilité

---

55. « (...) Quoiqu'il en soit, après la mort d'Hellen, son fils Xuthus, chassé de Thessalie par ses frères, qui l'accusoient d'avoir pillé les trésors de leur père, se retira à Athènes, où il épousa une fille d'Erechthée, dont il eut deux fils Achéus et Ion. Erechthée étant mort, ses enfants, qui disputoient à qui lui succéderoit, convinrent de prendre Xuthus pour juge de leur différend. Celui-ci décida en faveur de Cécrops qui étoit l'aîné ; par-là il s'attira la haine des autres, de sorte que chassé encore de l'Attique il vint s'établir dans l'Egiale, où il finit ses jours. (...)»<sup>64</sup>.

56. A en croire PAUSADIAS, les dieux et déesses de la mythologie grecque réglaient leurs différends en choisissant des arbitres, dans cet extrait, en matière successorale, dans d'autres extraits, afin de régler les conflits de souveraineté notamment entre Poséidon et Hélios sur Corinthe<sup>65</sup>, Poséidon et Héra pour l'Argonide<sup>66</sup>, Dionysos et Athéna pour l'Egine<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup><https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k112218z/f1067.double.shift> PAUSANIAS, *Voyage historique, pittoresque et philosophique de la Grèce*, traduit du grec en français par M. l'abbé GEDOYN, chanoine de la Sainte-Chapelle, et abbé de Beaugenoy, de l'Académie française, et de l'Académie royale des inscriptions et Belles-Lettres, Paris, DEBARKE, 1797, Volume III, Livre VII, *Voyage de l'Achaïe*, Chapitre 1, p.121-122.

<sup>65</sup> <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k112218z/f3.double.shift> « (...) Les corinthiens au reste disent des merveilles de leur pays, pour donner plus de réputation à l'Attique, ont répandu que même des dieux se l'étoient disputée ; et les Corinthiens, à leur imitation disent que le soleil et Neptune eurent une pareille dispute au sujet de leur pays ; qu'ils prirent pour juge de leur différend, Briarée qui adjugea l'isthme à Neptune et le promontoire qui commande la ville au soleil, et que depuis ce temps-là, Neptune étoit demeuré en possession de l'isthme.(...) » PAUSANIAS, *Voyage historique, pittoresque et philosophique de la Grèce*, traduit du grec en français par M. l'abbé GEDOYN, chanoine de la Sainte-Chapelle, et abbé de Beaugenoy, de l'Académie française, et de l'Académie royale des inscriptions et Belles-Lettres, Paris, DEBARKE, 1797, Volume I, Livre II *Voyage de Corinthe*, Chapitre 1, p.298-299.

<sup>66</sup> <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k112218z/f370.double.shift> « (...) Ce fleuve eut un fils, nommé Phoronée, qui avec trois autres fleuves, Céphines, Astérion et Inachus, son propre père, fut arbitre entre Neptune et Junon, qui disputoient à qui auroit cette contrée sous son empire. Le différend fut jugé en faveur de Junon : Neptune en eut du ressentiment et pour se venger, il mit tous ces fleuves à sec, d'où il arriva que ni le fleuve Inachus, ni les autres ne purent donner d'eau que tout au plus dans la saison où les pluies sont abondantes. (...) » PAUSANIAS, *Voyage historique, pittoresque et philosophique de la Grèce*, traduit du grec en français par M. l'abbé GEDOYN, chanoine de la Sainte-Chapelle, et abbé de Beaugenoy, de l'Académie française, et de l'Académie royale des inscriptions et Belles-Lettres, Paris, DEBARKE, 1797, Volume I, Livre II *Voyage de Corinthe*, Chapitre 15 *Voyage d'Argos*, p.369-370.

<sup>67</sup> <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k112218z/f450.double.shift> « (...) Ce fut sous son règne, disent-ils, que Bacchus et Minerve disputèrent entr'eux à qui auroit le pays sous sa protection, et que Jupiter les mit d'accord en partageant cet honneur entre l'un et l'autre ; c'est pour cela qu'ils honorent Minerve Poliade et Minerve Sthéniade, donnant deux noms différens à la même divinité, et qu'ils révèrent Neptune sous le titre de roi même

57. Il était ainsi une fois l'institution de l'arbitrage, institution fort ancienne<sup>68</sup>, qui, pour certains auteurs a succédé à la justice personnelle des temps obscurs pour donner naissance à la justice publique<sup>69</sup>. Une justice étatique qui reposait sur une philosophie d'un bien commun qui surpassait tout Homme, philosophie qui a évolué au fil du temps.

58. Cette évolution philosophique imprègne également l'histoire de l'arbitrage et les évolutions actuelles en droit interne français impactent directement l'arbitrage international (Chapitre 1). L'essor de l'arbitrage dans le temps influence le développement de celui-ci dans l'espace. La place croissante de la volonté dans le droit interne français insuffle un élan *favor arbitrandum* qui ouvre des interrogations quant au concept de l'arbitrabilité en matière familiale internationale. L'approche historique du droit interne français alimente la réflexion, elle permet d'appréhender les tendances favorables à l'arbitrabilité, à la concrétisation de la *favor arbitrandum*, de se demander si ces tendances seraient susceptible de constituer un phénomène *sui generis* qui dépasserait dans une certaine mesure la notion de *favor arbitrandum* tout en ayant une identité distincte. Cette approche historique du droit interne français est un indicateur des litiges arbitrables, un vecteur qui oriente l'arbitrabilité et confère une certaine vitesse pour favoriser son essor spatial.

59. L'arbitrage interne et international disposent d'un tronc commun nonobstant leurs différences. La distinction entre les deux n'est pas toujours aisée (Chapitre 2).

## **Chapitre 1 : De l'arbitrage interne à l'arbitrage international**

### **Chapitre 2 : De la distinction entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international**

---

*l'ancienne monnaie de ce peuple avoit d'un côté un trident, et de l'autre une tête de Minerve. (...) PAUSANIAS, Voyage historique, pittoresque et philosophique de la Grèce, traduit du grec en français par M. l'abbé GEDOYN, chanoine de la Sainte-Chapelle, et abbé de Beaugenoy, de l'Académie française, et de l'Académie royale des inscriptions et Belles-Lettres, Paris, DEBARKE, 1797, Volume I, Livre II Voyage de Corinthe, Chapitre 30, p.448-449.*

<sup>68</sup> Après les dieux grecs, il est possible de rappeler que les marchands assyriens dès les XIX<sup>èmes</sup> et XVIII<sup>èmes</sup> siècles avant Jésus-Christ pratiquaient déjà l'arbitrage, cf. LAFONT S., *L'arbitrage en Mésopotamie*, Rev. arb. 2000, p.557 et s.. : « *L'arbitrage et la conciliation sont des pratiques attestées dans le Proche-Orient cunéiforme, à la fois en droit international public et en droit privé. (...) La procédure d'arbitrage était également en usage dans certains domaines du droit de la famille, notamment dans le droit des successions.* »

<sup>69</sup> Il en est ainsi d'HUMBERT M., MATTHIAS B., WLASSAK M., WENGER L., STEINWENTER A., MENTHON (de) F., d'après LOYNES de FUMICHON (de) B., *L'arbitrage ex compromisso en droit romain classique*, thèse, Cujas, 2002, p.61.

# CHAPITRE 1 - DE L'ARBITRAGE INTERNE A L'ARBITRAGE INTERNATIONAL

**60.** « *L'histoire, parfois légendaire, montre plus qu'on ne le croit, de prime abord, la coexistence du pouvoir régalien de rendre la justice et de la mission donnée par des personnes en conflit à un tiers personnage de mettre fin à celui-ci.*<sup>70</sup> » Depuis des millénaires, les assoiffés de justice réfléchissent à l'élaboration du système idéal. Aussi, l'approche historique de l'arbitrage prouve que son développement n'est pas une nouveauté. Cependant, le champ d'application de son essor semble de plus en plus correspondre à une « *définition positive (...) moins comme l'expression d'une dérogation à la juridiction ordinaire que sous l'aspect d'une application de la liberté contractuelle du traitement du contentieux.*<sup>71</sup> » Ainsi, la nature de l'arbitrage, son histoire, sa pratique actuelle au cœur d'une civilisation en transformation et d'une justice en réforme, invite la doctrine, à expliquer le concept d'arbitrabilité. Par cette étude, la doctrine se divise quant aux limites de ce concept. C'est pourquoi, la place de l'arbitrage dans l'histoire a tout son sens dans la réflexion actuelle.

**61.** En outre, un glissement de l'arbitrage interne vers l'arbitrage international interpelle. Par l'effacement des frontières géographiques, une partie de la doctrine aurait tendance à gommer les frontières juridiques pour prôner un glissement de l'arbitrage interne vers l'arbitrage international. La contractualisation du droit interne français est un moteur pour une partie de la doctrine pour généraliser l'arbitrage familial international. Contrairement à certains Etats, le concept d'arbitrabilité en France n'est pas déterminé suivant un système moniste mais dualiste ; toutefois, soit par un chevauchement des critères de l'internationalité et de l'arbitrabilité, soit pour plaider en faveur d'un système moniste, les évolutions du droit interne français ne sont pas sans répercussion en matière d'arbitrage familial international.

**62.** Aussi, est-il intéressant d'effectuer un rapide aperçu historique (Section I) et d'étudier les réformes actuelles du droit interne français pour comprendre comment celles-ci peuvent se répercuter en matière internationale (Section II).

---

<sup>70</sup> LEVEL P., *L'arbitrabilité*, Rev. arb. 1992, V. 2, p. 213.

<sup>71</sup> LEVEL P., *L'arbitrabilité*, Rev. arb. 1992, V. 2, p. 213.

## **Section I - Aperçu de l'évolution historique de l'arbitrage interne**

63. Il est fréquent d'entendre que « *le passé explique le présent et permet d'appréhender l'avenir* », aussi est-il utile de s'intéresser à l'évolution historique de l'arbitrage.

64. L'évolution historique du droit de la famille des dieux grecs à nos jours ou d'Abraham à nos jours, constitue un sujet à part entière qui pourrait faire l'objet d'une encyclopédie en plusieurs volumes. Aussi, un choix partial est ici effectué et ne seront abordés que deux périodes historiques, l'Antiquité (§1) et le temps de la Révolution française (§2), et ce, en quelques lignes. Le choix de ces deux périodes s'inscrit dans une vision très réductrice et simpliste de l'histoire de France qui ferait frémir un historien : le Moyen-âge s'est inspiré du droit romain, tout en l'interprétant quelquefois largement ; la Renaissance, le Grand Siècle, les Lumières peuvent être perçus comme une transition qui inspire les temps révolutionnaires, d'où deux axes historiques qui seraient l'Antiquité et la Révolution française, incomparables entre eux quant à leur influence, leur philosophie et surtout leur durée. Les temps révolutionnaires regroupent la Révolution française, le Consulat, le Premier Empire et seule la Révolution française sera ici étudiée. Le Premier Empire a vu la naissance du Code Napoléon dont quelques rares articles subsistent toujours aujourd'hui. Il va de soi que le temps ne s'est pas arrêté au Premier Empire, qu'il n'est pas non plus possible de considérer qu'à partir du XIX<sup>ème</sup> siècle nous sommes dans l'époque contemporaine car selon certains auteurs, dès lors qu'un fait a plus de trente ans, il appartient à l'Histoire, même si, à cette si petite échelle temporelle, il peut s'avérer délicat de savoir ce qui relève de l'Histoire ou non. Alors si un tel grand écart est effectué, c'est que l'objectif n'est pas d'effectuer un cours historique de l'évolution du droit de la famille au travers du prisme de l'arbitrage, ce qui serait néanmoins passionnant, mais de prendre conscience que l'institution de l'arbitrage a existé dans le passé, notamment en droit de la famille, et par conséquent, que son essor en droit de la famille ne serait pas une innovation, mais éventuellement une résurgence. Même si certaines périodes historiques n'ont pas été sélectionnées, il faut garder à l'esprit que l'alliance entre l'arbitrage et le droit de la famille a connu son apogée au Haut Moyen-Âge. En outre, le recours à l'arbitrage à l'intérieur du cercle de famille était notamment obligatoire en vertu de l'un des deux édits de Fontainebleau promulgués par François II sur les conseils de Michel de LHOSPITAL en 1560<sup>72</sup>, et de

---

<sup>72</sup> « Ce texte instituait en effet un arbitrage obligatoire entre parents, pour les partages de successions, les comptes de tutelle et les restitutions de dot et de douaire car, disait le texte, il s'agit de choses « plus de fait que de droit »,

l'ordonnance de Moulins de 1566.

## § 1. L'Antiquité

65. L'arbitrage était une institution connue du droit romain. « *Il semble que la pratique de l'arbitrage ait été fort répandue dans tous les milieux de la société romaine, et pour régler les différends nés de tous les types de rapports privés que pouvaient entretenir les justiciables, citoyens et pérégrins.*<sup>73</sup> »

66. Néanmoins, il semblerait que l'arbitrage était exclu dans deux domaines : les *famosa delicta* et les *iudicia publica*. « *Paul, précise que les signataires du compromis, et accessoirement l'arbitre, ad arbitrum itum est, n'avaient pu agir que par erreur. C'était donc que l'inarbitrabilité ratione materiae de ces affaires était fermement établie et, normalement, bien connue des litigants. Paul, enfin, donne quelques exemples des famosa delicta et des iudicia publica dont la connaissance était interdite à l'arbitre : adultères, meurtres et affaires similaires. Le delictum famosum était le délit privé à caractère infamant, alors que le iudicium publicum était l'instance publique intentée devant une juridiction pénale, au nom de l'Etat, en suivant les formes fixées pour les poursuites criminelles. Cette instance était organisée pour la répression des délits publics les plus graves, ceux qui troublaient profondément l'ordre public et appelaient les sanctions les plus sévères mort, déportation ou exil.*<sup>74</sup> »

67. Outre les cas d'adultère, et les affaires pénales, l'arbitrage n'était pas envisageable en cas de question préjudicielle. « *Paul nous indique que le prêteur interdisait à l'arbitre de rendre sa sentence, quand se posait une question préjudicielle en matière successorale. (...) Dans cette affaire, l'un des signataires du compromis conclu avec clause*

---

*et qu'il est nécessaire d'« entretenir paix et amitié entre proches parents ». Dans ces sortes de litiges, les parents en conflit devaient choisir des « arbitres » qui soient aussi « de bons et notables personnages jusqu'à trois parents, amis ou voisins ». L'édit précisait enfin que la sentence avait « force de chose jugée », bénéficiait de l'exécution provisoire et pouvait faire l'objet d'un appel au parlement » in JALLAMION C., Arbitrage forcé et justice d'Etat pendant la révolution française d'après l'exemple de Montpellier, Annales historiques de la Révolution française, OpenEdition, octobre – décembre 2007, justice, nation et ordre public, n°350, p.69 à 85. Consultable sur le site : <https://journals.openedition.org/ahrf/11248> au 28 février 2019.*

<sup>73</sup> LOYNES de FUMICHON (de) B., *L'arbitrage ex compromisso en droit romain classique*, thèse, Cujas, 2002, p.477.

<sup>74</sup> LOYNES de FUMICHON (de) B., *L'arbitrage ex compromisso en droit romain classique*, thèse, Cujas, 2002, p.281.

*de heredis mentio, et donc transmissible sur la tête des héritiers, était décédé. L'autre partie contestait la succession à l'héritier. La sentence éventuellement rendue par l'arbitre aurait porté préjudice à la question élevée sur la succession. Paul en conclut que le prêteur devait faire défense à l'arbitre de rendre sa sentence pendant le temps de cette nouvelle contestation. Le principe dégagé par cette affaire – que la sentence porterait préjudice à une autre question de droit – a une portée qui dépasse le problème de la qualité d'héritier. Aussi, on peut supposer que toute question préjudicielle, portant sur l'état des personnes en arbitrage, ou tout autre problème, donnait lieu à une interdiction faite à l'arbitre de rendre sa sentence, tant que cette question n'avait pas été tranchée.<sup>75</sup> »*

**68.** Il résulte de l'arbitrage en droit romain une « *profonde parenté des procédures publique et privée (...) : les principes directeurs du procès public – principe dispositif, principes du contradictoire et de l'oralité des débats – à l'exception de la publicité, trouvaient à s'appliquer devant l'arbitre, car ils répondent aux nécessités de toute procédure quelle qu'elle soit. L'office de l'arbitre était semblable à celui du juge : à la fois porter un jugement, œuvre de l'intelligence, et rendre une sentence, décision pourvue d'effets juridiques, qui tranche complètement et définitivement un différend.<sup>76</sup> ».*

**69.** Si l'office de l'arbitre était semblable à celui du juge, il semblerait que les conditions requises pour être arbitre étaient moins exigeantes que celles nécessaires pour être juge. Les arbitres pouvaient être le fils de famille, même lorsque son père était parti à l'arbitrage, l'affranchi, l'*ignominiosus*, c'est-à-dire celui qui était frappé d'indignité par le censeur ou le consul suite à une malhonnêteté, alors que l'affranchi ou l'*ignominiosus* ne pouvaient pas accéder à la magistrature. Un bémol néanmoins doit être fait pour l'*ignominiosus* lié à la divergence des sources puisque selon certains auteurs, le déshonneur manifeste faisait obstacle à la sanction prétorienne<sup>77</sup>. « *Seule la corruption est sanctionnée d'une manière générale et absolue. On peut donc penser que la mauvaise réputation de l'arbitre n'était pas de nature à empêcher sa nomination. Par contre, si se manifestait l'ignominie, l'indignité ou la partialité de l'arbitre, en ce sens qu'elle se montrait dans l'arbitrage, le prêteur refusait son concours,*

---

<sup>75</sup> LOYNES de FUMICHON (de) B., *L'arbitrage ex compromisso en droit romain classique*, thèse, Cujas, 2002, p.282.

<sup>76</sup> LOYNES de FUMICHON (de) B., *L'arbitrage ex compromisso en droit romain classique*, thèse, Cujas, 2002, p.476.

<sup>77</sup> LOYNES de FUMICHON (de) B., *L'arbitrage ex compromisso en droit romain classique*, thèse, Cujas, 2002, p.211.

*si une partie lui demandait de contraindre l'arbitre à rendre sa sentence, ou de sanctionner l'inexécution de sa décision. Soucieux de respecter la volonté des compromettants, qui ne pouvaient pas ignorer la mauvaise réputation de celui qu'elles avaient nommé arbitre, les prudents ont été amenés à penser qu'il fallait méconnaître le passé de l'arbitre, et se borner à vérifier que son immoralité ne se manifestait pas concrètement dans la mission qui lui était maintenant confiée.*<sup>78</sup>»

**70.** Si une personne qualifiée de malhonnête pouvait être arbitre, cela ne signifie pas pour autant que n'importe qui pouvait être arbitre. Il existait des incapacités. Ainsi, une interdiction absolue d'être arbitre frappait les femmes<sup>79</sup>, les mineurs<sup>80</sup>, l'esclave<sup>81</sup> et une interdiction relative concernait le « *plaideur qui acceptait d'être arbitre dans sa propre cause et le juge dans la cause dont il était saisi*<sup>82</sup> ». En dehors de ces interdictions, l'arbitre désigné par les parties devait accepter la mission qui lui était confiée, condition essentielle *ad validitatem* de l'arbitrage.

**71.** L'arbitrage a poursuivi son histoire au fil du temps et des frontières. L'histoire de l'arbitrage est une matière tellement riche qu'il n'est pas possible ici de l'étudier vraiment. Cette impossibilité ne doit pas faire oublier que le Moyen-Âge fut une période particulièrement

---

<sup>78</sup> LOYNES de FUMICHON (de) B., *L'arbitrage ex compromisso en droit romain classique*, thèse, Cujas, 2002, p.211-212.

<sup>79</sup> D'après le droit de Justinien : C.2, 55, 6 (K. sept. 531) *Sancimus mulieres suae pudicitiae memores et operum, quae eis natura permisit et a quibus eas iussit abstinere, licet summae atque optima opinionis constitutae arbitrium in se susceperint vel, si fuerint patronae inter liberos suam interposuerint audientiam, ab omni iudiciali agmine separari*, in LOYNES de FUMICHON (de) B., *L'arbitrage ex compromisso en droit romain classique*, thèse, Cujas, 2002, p.212.

<sup>80</sup> « *On ne pouvait nommer arbitre le pupillus (l'impubère) : D.4, 8, 9, 1 (Ulp. 13 ed.) : Sed neque in pupillum compromittetur, Pomponius libro trigensimo tertio scribit. Le minor XX annis ne pouvait être pris pour arbitre et, au cas où il aurait été choisi et aurait exercé sa mission en violation de l'interdiction, sa sentence ne valait que si elle était exécutée volontairement, la poena étant également exclue : D.4, 8, 41 (Call. 1 ed. mon.) : cum lege Iulia cautum sit, ne minor viginti annis iudicare cogatur, nemini licere minorem viginti annis compromissarium iudicem eligere : ideoque poena ex sententia eius nullo modo committitur. Maiori tamen viginti annis, si minor viginti quinque annis sit, ex hac causa succurrendum, si temere auditorium receperit, multi dixerunt.* LOYNES de FUMICHON (de) B., *L'arbitrage ex compromisso en droit romain classique*, thèse, Cujas, p.213.

<sup>81</sup> « *Dépourvu de la capacité juridique, l'esclave ne pouvait siéger comme arbitre : D.4, 8, 7 pr. (Ulp. 13 ed.) : In servum labeo compromitti non posse libro undecimo scribit : et est verum* » LOYNES de FUMICHON (de) B., *L'arbitrage ex compromisso en droit romain classique*, thèse, Cujas, 2002, p.215.

<sup>82</sup> LOYNES de FUMICHON (de) B., *L'arbitrage ex compromisso en droit romain classique*, thèse, Cujas, 2002, p.216 « *Mais le libéralisme allait loin, car l'existence d'un intérêt indirect à la cause n'empêchait ni d'être arbitre, ni d'être juge, comme dans le cas du filius familias. Le cas de Pline le jeune, rendant en sa faveur une sentence dans une affaire d'héritage dans laquelle il était intéressé, n'a pas de signification pour notre étude : Plin. Min. ep. (, 1, 3-6 : (3) Respondebam non convenire moribus meis aliud palam, aliud agere secreto, praeterea non esse satis honestum donare et locupleti et orbo : in summa non profuturum ei, si donassem, profuturum, si cessissem, esse autem me paratum cedere, si inique exheredatum mihi liqueret. (4) Ad hoc ille : « rogo cognoscas ». Cunctatus paulum « faciam » inquam : neque enim video, cur ipse me minorem putem, quam tibi videor. Sed iam nunc memento non defuturum mihi constantiam, si ita fides duxerit, secundum matrem tuam pronuntiandi (...).* »

importante pour l'arbitrage.

**72. Du XII<sup>è</sup> au XVI<sup>è</sup> :** « *L'arbitrage, du XII<sup>è</sup> au XVI<sup>è</sup> siècle, répond au désir des parties de régler pacifiquement un différend. (...) Que les parties puissent compromettre sur toute matière est un postulat admis par nombre de juristes médiévaux. A condition cependant qu'elles ne transgressent pas les restrictions imposées par le droit savant et les coutumes, ce qui limite une apparente liberté de compromettre. (...) L'interdiction de compromettre sur des questions de statut personnel est bien établie par les juristes de droit savant et les textes coutumiers, dans la tradition juridique romaine. (...) Les différends touchant au droit matrimonial relèvent de la compétence ordinaire des officialités. Seule une dispute sur l'interprétation d'une clause d'un contrat de mariage est soumise à l'arbitrage en 1310. Le règlement des désaccords sur la dévolution des biens d'une succession est fréquemment confié à des arbitres. Il doit mettre un terme aux revendications réelles et aux déchirements affectifs qui transforment les membres d'une famille en des prédateurs-adversaires. (...) Une telle sentence émane bien alors d'une véritable « Cour d'amour » qui a pour mission et ambition de réinsuffler la solidarité familiale dans la société civile.* <sup>83</sup> »

**73. Du XVI<sup>è</sup> au XVIII<sup>è</sup> :** « *Dès le XVI<sup>è</sup> siècle, sous l'influence du droit romain la pratique de l'arbitrage, jusque-là très libérale, a connu des restrictions de son champ d'application. (...) L'arbitrage était compris comme servant d'abord à désengorger les juridictions (...)*<sup>84</sup> ». Au XVII<sup>è</sup> siècle, l'arbitrage a été influencée par l'œuvre de DOMAT.

**74.** Georges WASHINGTON, premier président des Etats-Unis, avait inséré dans son testament une clause compromissoire<sup>85</sup>, ce dernier est décédé en 1799. En parallèle, au cours de la dernière décennie vécue par Georges WASHINGTON, l'arbitrage en matière familiale était, en France, au cœur des réformes législatives des Révolutionnaires (§2).

## § 2. La Révolution française

**75.** Dans une conception chronologique du temps, la période du droit révolutionnaire est extrêmement courte. Certaines lois ne purent être que des projets, d'autres

---

<sup>83</sup> JEANCLOS Y., *La pratique de l'arbitrage du XII<sup>è</sup> au XV<sup>è</sup> siècle*, Rev. arb., 1999, n°3, p.417 et s..

<sup>84</sup> HILAIRE J., *L'arbitrage dans la période moderne (XVI<sup>è</sup>-XVIII<sup>è</sup> siècle)*, Rev. arb., 2000, n°2, p.188 et s..

<sup>85</sup> MALLET-BRICOUT, *arbitrage et droit de la famille*, Dr. et patr. N°104, 1<sup>er</sup> mai 2002, cité in FARGE M., *L'arbitrage et le contentieux familial international : deux mondes qui pourraient se rapprocher ?*, in Mélanges offerts à Geneviève PIGNARRE, un droit en perpétuel mouvement, LGDJ, 2018, p.323, note de bas de page numéro 1.



furent d'une application éphémère. Néanmoins, l'idéologie qui accompagnait les lois ou projets de lois a marqué un tournant dans l'histoire de France et influence encore aujourd'hui les esprits.

76. Ainsi, la loi du 20 septembre 1792 relative à la laïcisation du mariage et de l'état civil confère aux officiers d'état civil la conservation des actes d'état civil, la possibilité pour une jeune fille de treize ans et un jeune homme de quinze ans de se marier alors qu'ils ne seront majeurs qu'à vingt-et-un ans et parallèlement la faculté pour eux de divorcer. La section V du titre IV de la loi du 20 septembre 1792 instaurant le mariage civil énonce en son article premier qu'« *aux termes de la Constitution*<sup>86</sup>, *le mariage est dissoluble par le divorce* ». Cette dissolution est prononcée par l'officier d'état civil et le divorce peut être demandé conjointement par les futurs ex-époux. Toutefois, cette demande conjointe des époux pour divorcer nécessite la présence de quatre témoins majeurs et doit être justifiée de l'accomplissement du respect des délais exigés par la loi sur le mode du divorce. C'est l'officier d'état civil qui prononce la dissolution du mariage et l'indiquera sur les registres du mariage. Le divorce est également autorisé à la requête d'un seul des époux. La présence des quatre témoins majeurs est aussi requise pour ce cas de divorce. Dans cette hypothèse également, la dissolution du mariage est prononcée par l'officier d'état civil qui l'indiquera sur les registres des mariages. Cette loi a été suivie d'un mouvement d'abrogation et de restauration. Le divorce a été abrogé par la loi du 8 mai 1816, dite loi Bonald, sous le règne de Louis XVIII, qui ne reconnaissait alors que la séparation de corps. Cette loi a été abolie par l'article premier de la loi du 27 juillet 1884, dite la loi Naquet qui rétablit le divorce notamment en cas d'adultère et de quelques fautes précises qui rendent intolérable le maintien du lien conjugal. D'autres lois relatives à la procédure du divorce se sont succédées, notamment pour interdire le divorce des époux mariés depuis moins de trois ans<sup>87</sup>. Cependant, il existe aujourd'hui un droit au divorce, les lois qui se succèdent désormais modifient non pas le principe du divorce mais la procédure. Si l'héritage idéologique de la loi du 20 septembre 1792, est important il ne faut pas omettre que la séparation des couples existe depuis tout temps et dans toute culture, notamment avec l'institution de la répudiation, d'ailleurs, n'a-t-il pas été dit que « *le divorce est presque aussi*

---

<sup>86</sup> Constitution du 3 septembre 1791 qui institue notamment le mariage civil.

<sup>87</sup> Article 6 de la loi du 2 avril 1941, abrogé par l'article 27 de la loi n°2007-1787 du 20 décembre 2007 : « *Le décret du 29 novembre 1939, modifiant à titre temporaire l'article 310 du code civil, est abrogé. Il ne pourra être à l'avenir prononcé de conversion de séparation de corps ou de divorce que dans les conditions et le délai fixés par l'article 310. Il ne sera statué sur les demandes de conversions déjà instruites en vertu du décret précité à la date de l'entrée en vigueur du présent décret et qui n'ont pas fait l'objet d'une décision passée en force de chose jugée, qu'à l'expiration du susdit délai.* »

*ancien que le mariage. Je crois seulement que le mariage est plus vieux de quelques semaines.<sup>88</sup> » ?*

77. *« L'autre loi votée le 20 septembre 1792, dernier jour de la Législative, établissait le divorce par consentement mutuel (après convocation d'une assemblée de parents), « sur la simple allégation d'incompatibilité d'humeur ou de caractère » (après la réunion de trois assemblées de parents dans un délai minimum de six mois) ou pour cause déterminée (la loi prévoyait sept motifs) avec un jugement arbitral du tribunal de famille. Fondée sur une conception contractuelle du mariage et permettant un divorce facile – rendu encore plus rapide en cas de séparation de fait depuis plus de six mois par la loi du 4 floréal an II (23 avril 1794) – cette législation a été accusée de tous les excès par ses détracteurs depuis le virage post-thermidorien. Pourtant, le divorce pour incompatibilité d'humeur ou par consentement mutuel fut également reconnu par le Code prussien de 1794 et les dispositions de l'an II furent abandonnées dès août 1795 (loi du 15 thermidor an III) avant que les délais du divorce pour incompatibilité d'humeur ne soient rallongés en septembre 1797 (loi du 1<sup>er</sup> jour complémentaire de l'an V). La loi de 1792 resta ainsi en vigueur jusqu'au Code civil de 1804 – qui maintint le divorce pour faute et, de manière très restrictive, le divorce par consentement mutuel – et son application ne conduisit pas, en dépit de pointes localisées dans les grandes villes, à une flambée de ruptures, puisque le nombre total des divorces de 1792 à 1803 est évalué autour de 30 000. Si l'abrogation du divorce par la Seconde Restauration, en 1816, a pu donner l'impression que le droit révolutionnaire avait été un phénomène circonstanciel, on ne peut pas parler d'un rejet unanime de la part des populations concernées.<sup>89</sup>»*

78. Le droit révolutionnaire a également supprimé, pour une courte durée, la puissance paternelle sur les majeurs, attribué des droits successoraux égalitaires<sup>90</sup>, même au

---

<sup>88</sup> VOLTAIRE, *Questions sur l'Encyclopédie*, éd. Robert Laffont, 2019, article « Divorce », p.732.

<sup>89</sup> HALPERIN J.- L., *Le droit privé de la Révolution : héritage législatif et héritage idéologique*, Annales historiques de la Révolution française, Armand Colin, 2002, p.151 et s.

<sup>90</sup> Article 64 de la loi du 17 nivôse an II (6 janvier 1794) : « Si le défunt laisse des enfans, ils lui succéderont également ». Article 65 du même texte : « A défaut d'enfans, les petits enfans succèdent à leur aïeul ou aïeule. » Article 66 du même texte : « à défaut de petits enfans, les arrières-petits-enfans succèdent à leur bisaïeul ou bisaïeule. » article 67 du même texte : « à défaut de ceux-ci, les autres descendans succèdent dans l'ordre de leur degré », article 68 du même texte : « lorsqu'il y a des petits enfans ou des descendans des degrés ultérieurs, la représentation a lieu. » (...) article 72 du même texte : « dans tous les cas, les ascendans sont toujours exclus par les héritiers collatéraux qui descendent d'eux ou d'autres ascendans au même degré. » article 73 dudit texte « Les ascendans succèdent toujours par tête. » article 74 de ce texte : « les biens donnés par les ascendans à leurs

profit des enfants naturels reconnus<sup>91</sup> – ce qui ne fut pas sans critique - , prévoyait la représentation à l’infini, la fente entre les branches paternelle et maternelle, préférait les collatéraux aux ascendants<sup>92</sup>.

79. L’idéologie révolutionnaire a également influencé l’organisation de la justice, même si toutes les dispositions n’ont pas eu le même écho historique. Ainsi, la loi des 16 et 24 septembre 1790 relative à l’organisation judiciaire abolit la vénalité des offices de judicature de telle sorte que les juges rendront gratuitement la justice en leur qualité de salariés de l’Etat ; elle applique la séparation des pouvoirs judiciaire, exécutif, législatif et énonce la distinction entre les juridictions administratives et judiciaires, en ses articles 10, 12 et 13. Ces principes ont toujours un sens aujourd’hui et constituent des principes généraux du fonctionnement de la justice. En revanche, d’autres dispositions de cette même loi n’ont pas eu le même succès : son article premier énonçait que « *l’arbitrage étant le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens, les législatures ne pourront faire aucune disposition qui tendrait à diminuer, soit la faveur, soit l’efficacité des compromis* » et l’article deuxième de cette même loi poursuivait ainsi « *toutes personnes ayant le libre exercice de leurs droits et de leurs actions, pourront nommer un ou plusieurs arbitres pour prononcer sur leurs intérêts privés, dans tous les cas et en toutes matières, sans exception.* »

---

*descendants, avec stipulation de retour, ne sont pas compris dans les règles ci-dessus ; ils ne font pas partie de la succession du descendant, tant qu’il y a lieu au droit de retour ».*

<sup>91</sup> Le décret du 31 juillet 1793 portant suspension des procès pendant entre les enfans naturels et leurs parens à raison de succession (L. t. XV, p.308 ; B., t. XXXII, p.310) énonçait « *La Convention nationale décrète que tous les procès pendant entre les enfans naturels et leurs parens ou autres, à raison de successions, sont et demeurent suspendus. Ordonne que le comité de législation fera son rapport sur le mode d’exécution du décret qui appelle aux successions les enfans naturels.* »

Décret relatif aux droits des enfans nés hors du mariage, 12 Brumaire an II (2 novembre 1793), (L. t. XVI, p.385 ; B. t. XXXVI, p.114), article premier : « *les enfans actuellement existans, nés hors du mariage, seront admis aux successions de leurs père et mère, ouvertes depuis le 14 juillet 1789. Ils le seront également à celles qui s’ouvriront à l’avenir, sous la réserve portée par l’article ci-après. 2. Leurs droits de successibilité sont les mêmes que ceux des autres enfans. 3. Ils ne pourront néanmoins déranger de leur chef les partages faits ; mais ils prendront leur portion sur les lots existans. 4. Si le père ou la mère de l’enfant né hors du mariage a transmis des biens, en tout ou en partie, soit ab intestat, soit par disposition, à des parens collatéraux ou à des étrangers, ceux-ci, lors de la remise qu’ils feront à l’enfant né hors du mariage, pourront retenir le sixième de ce qui leur est échu, ou de ce qui leur a été donné. 5. Dans tous les cas, les enfans nés hors du mariage seront tenus de recevoir les biens de l’état où ils se trouveront, à compter de ce jour, et de s’en rapporter, sur la consistance de ces biens, à l’inventaire qui en aura été dressé à la mort de leur père ou mère. (...) 13. Sont exceptés ceux de ces enfans dont le père ou la mère était, lors de leur naissance, engagé dans les liens du mariage. Il leur sera seulement accordé, à titre d’alimens, le tiers en propriété de la portion à laquelle ils auraient droit s’ils étaient nés dans le mariage. 14. Néanmoins, s’il s’agit de la succession de personnes séparées de corps par jugement ou acte authentique, leurs enfans nés hors du mariage exerceront tous les droits de successibilité énoncés dans l’article premier, pourvu que leur naissance soit postérieure à la demande en séparation (...).* »

<sup>92</sup> Loi du 12 brumaire an II (2 novembre 1793) : article premier : les enfans actuellement existans, nés hors du mariage, seront admis aux successions de leurs père et mère, ouvertes depuis le 14 juillet 1789. Ils le seront également à celles qui s’ouvriront à l’avenir. Article deuxième : leurs droits de successibilité sont les mêmes que ceux des autres enfans.

**80.** Des dispositions spécifiques en matière d'arbitrage se retrouvent ultérieurement dans différentes lois, notamment celles relatives aux enfants naturels, aux époux divorcés, aux donations et successions.

**81.** Ainsi, le décret relatif aux droits des enfants nés hors du mariage, 12 Brumaire an II (2 novembre 1793), dispose aux articles 15 et suivants ce qui suit : « 15. *A l'égard des enfans nés hors du mariage, qui sont en instance avec des héritiers directs ou collatéraux, pour la succession de leur père ou de leur mère, ouverte avant le 14 juillet 1789, et dont les réclamations n'auraient pas été terminées par un jugement en dernier ressort, il leur sera accordé le tiers de la portion qu'ils auraient eue, s'ils étaient nés dans le mariage.* 16. *Les enfans et descendans d'enfans nés hors du mariage, représenteront leurs père et mère dans l'exercice des droits que la présente loi leur attribue.* 17. *Tous procès actuellement existans entre des enfans nés hors du mariage et les héritiers directs ou collatéraux de leur père ou de leur mère, sont et demeureront anéantis.* 18. *Des arbitres choisis par les parties, ou, à leur refus, par le juge-de-paix du lieu de l'ouverture de la succession, termineront toutes les contestations qui pourront s'élever sur l'exécution de la présente loi, notamment dans le cas où il n'aurait pas été fait inventaire à la mort du père ou de la mère des enfans nés hors du mariage. En aucun cas, les jugemens de ces arbitres ne seront sujets à l'appel. (...) »*

**82.** La loi du 14 nivôse an II, soit du 3 janvier 1794 qui attribue aux tribunaux de famille la connaissance des contestations relatives aux droits des époux divorcés dispose ce qui suit « *la convention nationale, après avoir entendu le rapport de son comité de législation sur la pétition de la citoyenne Lefebvre ; considérant que le décret du 20 septembre 1792 attribue aux tribunaux de famille les contestations qui s'élèvent entre les époux après la prononciation de leur divorce (...) renvoi aussi par-devant ces mêmes tribunaux les contestations relatives au droit des époux d'avoir un ou plusieurs enfans, et celles relatives à l'éducation et aux intérêts de ces enfans ; qu'il est de l'esprit de cette même loi d'attribuer aussi aux tribunaux de famille les contestations des époux divorcés peuvent avoir sur le règlement de leurs droits, soit par rapport à la communauté des biens ou à la société d'acquêts, soit par rapport aux droits matrimoniaux emportant gain de survie ; considérant qu'il s'élève une foule de réclamations contre les lenteurs que mettent les tribunaux de famille à terminer les affaires soumises à leur décision par la loi du divorce, et qu'il arrive souvent que, pendant ces délais, celui des époux qui est maître de la communauté en abuse pour la dilapider et changer de nature les effets qui*

*en dépendent ; considérant qu'il n'y a pas de raison d'empêcher un mari divorcé de se remarier immédiatement après le divorce, et une femme dix mois après, lorsque le divorce n'a pas pour cause l'absence du mari ; que dans ce dernier cas, si l'absence du mari, de dix mois avant le divorce, est constatée, il n'y a pas non plus de motif pour empêcher la femme de se remarier immédiatement après le divorce ; (...) décrète ce qui suit : article premier : les tribunaux de famille auxquels sont attribués les jugemens des contestations d'entre maris et femmes, après le divorce, (...) connaîtront aussi de celles relatives aux réglemens des droits des époux dans leur communauté, et de leurs droits matrimoniaux emportant gain de survie. Article deuxième : ces tribunaux de famille seront obligés de prononcer sur ces contestations dans le délai d'un mois après leur formation. Les époux, ou l'un d'eux, pourront apporter l'affaire soumise à la décision des arbitres de famille, par-devant le tribunal de district, si ces arbitres ont négligé de prononcer leur jugement pendant ce délai. (...) »*

**83.** La loi du 21 nivôse an II, soit le 10 janvier 1794, décret relatif aux donations et successions, dispose notamment ce qui suit : « (...) 35. dans les cas où, soit le donataire, soit le légataire à titre particulier, auraient des enfans, le maximum de fortune sera pour eux fixé à dix mille livres, plus autant de fois cinq mille livres qu'ils avaient d'enfans à l'époque du don ou legs qui leur a été conféré. Le maximum du legs ne pourra surpasser, en ce cas, le maximum de fortune ainsi réglé. 36. Pour vérifier le maximum de fortune, les arbitres dont il sera parlé ci-après, se feront représenter l'extrait des diverses impositions du donataire à titre particulier, ou légataire. Ils pourront, au surplus, s'environner de tous autres renseignemens à ce sujet. (...) 54. Toutes contestations qui pourront s'élever sur l'exécution du présent décret, seront jugées par des arbitres. Il est défendu aux tribunaux ordinaires d'en connaître, et de donner suite à celles qui seraient actuellement portées devant eux pour ce fait, à peine de nullité. 55. Il sera nommé deux arbitres par chacune des parties. Faute par l'une d'elles de le faire sur la sommation qui lui en aura été notifiée, le juge-de-paix du lieu de l'ouverture de la succession en nommera d'office, après un délai de huitaine, auquel il sera ajouté un jour par dix lieues de distance. En cas qu'il y ait partage dans l'avis des arbitres, le tiers sera nommé par le même juge. (...)»

**84.** « Si l'impact du droit révolutionnaire reste difficile à mesurer, il n'est guère contestable même dans le domaine du droit privé et son influence directe ou indirecte nous montre que les transformations juridiques ne dépendent pas uniquement de la longue effectivité

*d'un droit.*<sup>93</sup> » Peu après la révolution, un autre travail significatif au rayonnement international façonne l'histoire du droit : ce fut l'avènement du Code civil et du Code de procédure civile qui ont marqué le retour au juge étatique. « *Sous l'influence d'Eustache-Nicolas Pigeau (1750-1818) – qui fut au Code de procédure civile de 1806 ce que Portalis fut au Code Napoléon –, le procès devait avant tout être conçu comme l'échec du mode amiable de résolution du litige*<sup>94</sup> ».

**85.** Bien évidemment, depuis le droit révolutionnaire, de nombreuses réformes ont été effectuées. Pêle-mêle, sans établir une liste exhaustive, le paysage juridique a notamment été modifié par la loi du 18 février 1938 relative à la capacité juridique de la femme mariée<sup>95</sup>, la loi n°70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale<sup>96</sup>, la loi n°72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation<sup>97</sup>, la loi n°75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce<sup>98</sup>, la loi n°87-570 du 22 juillet 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale<sup>99</sup>, la loi n°89-487 du 10 juillet 1989, relative à la prévention des mauvais traitements à l'égard des mineurs et à la protection de l'enfance<sup>100</sup>, etc.. Cette dernière loi est à la charnière entre l'histoire et la période contemporaine, fixée à un délai de trente ans à compter de ce jour, période contemporaine également riche en réformes (Section II).

## **Section II - Aperçu de l'évolution législative interne favorable à un arbitrage familial international**

**86.** La loi n°93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le Code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales<sup>101</sup>, la loi n°99-944

---

<sup>93</sup> HALPERIN J.- L., *Le droit privé de la Révolution : héritage législatif et héritage idéologique*, Annales historiques de la Révolution française, Armand Colin, 2002, p.151 et s.

<sup>94</sup> CLAY Th., *Les articles relatifs aux conventions d'arbitrage*, Cahier de l'arbitrage, n°1, p.17.

<sup>95</sup> Loi du 18 février 1938 portant modification des textes du Code civil relatifs à la capacité de la femme mariée, *JO* 19 février 1938, p.2058.

<sup>96</sup> Loi n°70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale, *JO* du 7 juin 1970, p.5227.

<sup>97</sup> Loi n°72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation, *JO* n°0003 du 5 janvier 1972, p.145.

<sup>98</sup> Loi n°75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, *JO* n°0161 du 12 juillet 1975, p.7171.

<sup>99</sup> Loi n°87-570 du 22 juillet 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale, *JO* 24 juillet 1987, p.7171.

<sup>100</sup> Loi n°89-487 du 10 juillet 1989, relative à la prévention des mauvais traitements à l'égard des mineurs et à la protection de l'enfance, *JO* n°163 du 14 juillet 1989, p.8869.

<sup>101</sup> Loi n°93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le Code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, *JO* n°7 du 9 janvier 1993, p.495.

du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité<sup>102</sup>, la loi n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale,<sup>103</sup> la loi n°2004-439 relative au divorce<sup>104</sup>, l'ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation<sup>105</sup>, la loi n°2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, modifiant et abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation<sup>106</sup>, 2006 et loi n°2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe<sup>107</sup>, etc., autant de lois qui ont transformé le droit de la famille français. Toutefois, cette évolution contemporaine s'observe également en droit comparé. En Belgique, la loi du 31 mars 1987<sup>108</sup> a introduit le principe d'égalité des filiations, la loi du 30 juin 1994<sup>109</sup> a simplifié et assoupli la procédure de divorce, la loi du 13 avril 1995<sup>110</sup> a introduit l'exercice conjoint de l'autorité parentale, même en cas de séparation des parents. Au Luxembourg, la loi du 27 juin 2018 instituant le juge aux affaires familiales, portant réforme du divorce et de l'autorité parentale et portant modification du Nouveau Code de procédure civile, du Code civil, du Code pénal, du Code de la sécurité sociale, du Code du travail, de la loi modifiée du 11 novembre 1970 sur les cessions et saisies des rémunérations de travail ainsi que des pensions et rentes, de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire, de la loi modifiée du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse, de la loi modifiée du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance, de la loi modifiée du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats, de la loi du 27 juin 2017 arrêtant un programme pluriannuel de recrutement dans la magistrature et portant modification de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire, a été publiée le 12 juillet 2018, est entrée en vigueur le 16 juillet 2018, a profondément bouleversé le droit luxembourgeois<sup>111</sup>.

---

<sup>102</sup> Loi n°99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, *JO* n°265 du 16 novembre 1999, p.16959.

<sup>103</sup> Loi n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, *JO* 5 mars 2002, p.4161.

<sup>104</sup> Loi n°2004-439 relative au divorce, *JO* n°122 du 27 mai 2004, p.9319.

<sup>105</sup> Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation.

<sup>106</sup> Loi n°2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, modifiant et abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation, *JO* n°0015 du 18 janvier 2009, p.1062.

<sup>107</sup> Loi n°2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *JO* n°0014 du 18 mai 2013, p.8253.

<sup>108</sup> Loi du 31 mars 1987 modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation, n°1987009355.

<sup>109</sup> Loi du 30 juin 1994 modifiant l'article 931 du Code judiciaire et les dispositions relatives aux procédures de divorce, n°1994009585.

<sup>110</sup> Loi du 13 avril 1995 relative à l'exercice conjoint de l'autorité parentale, n°1995009457.

<sup>111</sup> Loi du 27 juin 2018 instituant le juge aux affaires familiales, portant réforme du divorce et de l'autorité parentale et portant modification du Nouveau Code de procédure civile, du Code civil, du Code pénal, du Code de la sécurité sociale, du Code du travail, de la loi modifiée du 11 novembre 1970 sur les cessions et saisies des rémunérations de travail ainsi que des pensions et rentes, de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire, de la loi modifiée du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse, de la loi modifiée du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance, de la loi modifiée du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats, de la loi du 27 juin 2017 arrêtant un programme pluriannuel de recrutement dans la magistrature et portant modification de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire, *JO* du Grand-duché de Luxembourg, mémorial A, n°589 du

**87.** Ces évolutions, plus ou moins concomitantes au niveau européen, résultent de l'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, de la Charte sociale européenne<sup>112</sup>, de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et l'impact du droit international des droits de l'homme. Mais, elles sont aussi liées à quelques statistiques éloquentes : le nombre de mariages célébrés en France en 2018 est de 234 013, il était en 2009 de 251 654, soit une diminution de 7,01% ; en Europe, il est en 2017 de 2 240 542 et en 2009 de 2 280 223, soit une diminution de 1,74%. Le taux de nuptialité était de 7,8% en 1970 et de 3,4% en 2017, soit une diminution de 56,40%. Le déclin du mariage implique logiquement une augmentation du nombre de naissances hors mariage, elles étaient 740 774 en 1994, et 753 000 en 2019, le taux est passé de 37,2% à 61%. Le nombre de divorces en France était en 1960 de 0.7/1000 habitants contre 2,0 pour 1000 habitants en 2011. Dans l'Europe des 27 Etats membres, le taux brut de divorce est passé de 1,0 pour 1000 habitants en 1970 à 1,9 divorce pour 1 000 habitants en 2009<sup>113</sup>.

**88. La justice en chiffres :** Le budget de la justice pour l'année 2019 s'est élevé à 9,06 millions d'euros. La justice civile représente 2 279 484 décisions rendues en matières civile et commerciale dont 211 861 en référées. La justice des mineurs représente 177 761 affaires traitées par les parquets. Ce nombre colossal d'affaires illustre l'engorgement de la justice étatique qui doit trouver en interne des solutions qui auront nécessairement des

---

12 juillet 2018, qui introduit notamment un article 1007-1 du Nouveau Code de procédure civile lequel dispose : « *Le juge aux affaires familiales connaît : 1° des demandes en autorisation de mariage des mineurs, demandes en nullité de mariage, des demandes de mainlevée du sursis à la célébration du mariage, du renouvellement du sursis, de l'opposition au mariage et de mainlevée du sursis ; 2° des demandes ayant trait aux contrats de mariage et aux régimes matrimoniaux et des demandes en séparation de biens ; 3° des demandes concernant les droits et devoirs respectifs des conjoints et la contribution aux charges du mariage et du partenariat enregistré ; 4° du divorce et de la séparation de corps et de leurs conséquences ainsi que des mesures provisoires pendant la procédure de divorce et en cas de cessation du partenariat enregistré ; 5° des demandes en matière de pension alimentaire ; 6° des demandes relatives à l'exercice du droit de visite, à l'hébergement et à la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants ; 7° des demandes relatives à l'exercice de l'autorité parentale à l'exclusion de celles relatives au retrait de l'autorité parentale ; 8° des décisions en matière d'administration légale des biens des mineurs et de celles relatives à la tutelle des mineurs ; 9° des demandes d'interdiction de retour au domicile des personnes expulsées de leur domicile en vertu de l'article 1er, paragraphe 1er, de la loi modifiée du 8 septembre 2003 sur la violence domestique et de prolongation des interdictions que comporte cette expulsion en vertu de l'article 1er, paragraphe 2, de cette loi ainsi que des recours formés contre ces mesures ; 10° des demandes d'entraide judiciaire en matière de droit de garde et de droit de visite des enfants.* »

Cette loi a aussi supprimé le divorce pour faute. Désormais, l'article 229 du Code civil luxembourgeois énonce deux cas de divorce « *1° soit de consentement mutuel ; 2° soit de rupture irrémédiable des relations conjugales.* »

<sup>112</sup> Charte sociale européenne, élaborée par le Conseil de l'Europe, le 18 octobre 1961, révisée à Strasbourg, le 3 mai 1996 intégrée dans le droit positif français par le décret n°2000-110 du 4 février 2000 portant publication de la Charte sociale européenne révisée.

<sup>113</sup> [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Main\\_Page](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Main_Page)



répercussions en matière internationale. L'une des pistes de réflexion est celle de l'arbitrage.

**89.** Statistiques et réformes convergent vers cette ère nouvelle où la privatisation de la famille est actée. L'évolution de cette contractualisation va-t-elle aller jusqu'à budgétiser le coût d'une vie <sup>114</sup>?

**90.** A ce jour, « *la justice se veut plus participative, plus contractuelle. La justice se doit d'être consensuelle. Il s'agit fondamentalement de favoriser son acceptation par les justiciables qui s'opposent et, au-delà, par le corps social tout entier. Cette contractualisation du droit est peut-être en lien avec un facteur plus structurel, qui tient dans l'évolution de nos sociétés. Il est symptomatique de relever que cette évolution s'est faite parallèlement à la crise de l'Etat providence. On est passé d'un ordre juridique imposé à un ordre juridique négocié, d'une régulation de type autoritaire à une régulation de type conventionnel. La préférence pour un droit négocié au sein de la société civile par rapport à un droit édicté autoritairement par l'Etat est nettement marquée : promotion de la négociation sociale, multiplication des commissions en préalable à toute réforme, rupture négociée du contrat de travail, médiation pénale dans laquelle la peine est négociée avec l'auteur de l'infraction, etc.*<sup>115</sup> »

**91.** Jusqu'au 1<sup>er</sup> octobre 2016, l'ancien article 1108 du Code civil énonçait quatre conditions pour qu'une convention soit valable. Il fallait « *le consentement de la partie qui*

---

<sup>114</sup> Demande d'indemnisation d'un avortement raté : Metro, <https://metro.co.uk/2019/02/21/couple-sue-abortion-clinic-cost-raising-baby-unsuccessful-termination-8699830/?ito=cbshare> version consultable au 25 février 2018 : « *Bianca Coons and partner Cristobal Ruiz drove 700 miles from Idaho to Albuquerque, New Mexico in February 2016 to abort the six week-old fetus they say they could not afford to keep. The couple did not want to hold out until their home state's mandatory waiting period was up, as it would have resulted in the baby being much more advanced in development, a lawsuit filed last week said. Coons went to a Planned Parenthood clinic, where she was given a so-called abortion pill. It has a 94 to 98 per cent success rate, with Coons told to take another pill back home later to complete the termination. She was rushed to her local emergency room the next day suffering extreme nausea, and was shocked to be told the fetus was fine, and still had a strong heartbeat. A doctor contacted Planned Parenthood, who said Coons should take the second part of the medication, which she did. But that also failed, with Planned Parenthood offering Coons a second medication abortion for free if they returned to the New Mexico clinic. Coons said she could not afford to make the trip back, with her lawsuit saying that she 'could not morally sanction further action to terminate' her then nine-week old fetus. Planned Parenthood warned Coons that the medication abortion could cause birth defects in children who survived it. Her son was born a month premature, with jaundice and blood sugar issues, the lawsuit claims. Coons and Ruiz have sued for over \$765,000 in damages, the Albuquerque Journal reported. Their lawsuit alleges: 'The defendant's failure to properly supervise and administer the abortion service directly resulted in the failure of the pregnancy termination which resulted in injury to plaintiffs' interests in family planning and their interests in financial planning for the future of their family. A Planned Parenthood spokesman said she was unable to comment on pending litigation* ».

<sup>115</sup> CALLÉ P., *Les fondements de l'autonomie de la volonté en droit de l'Union européenne (droit des personnes et de la famille)*, in *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, dir. PANET A., FULCHIRON H., WAUTELET P., Bruylant, sept. 2017, p.39.

*s'oblige ; sa capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; une cause licite dans l'obligation. »* Le consentement des parties, libre, éclairé, non vicié, est à l'origine de l'accord de volonté qui aura force obligatoire. En matière familiale, ce fut jadis chose rare. Les accords de volonté devaient généralement être homologués par un juge : changement de régime matrimonial, divorce (en sachant que certains devoirs pouvaient subsister après un divorce<sup>116</sup>), etc. : la force obligatoire n'était guère contraignante eu égard aux règles de révision, ce qui impliquait « *l'idée que la matière familiale ne comportait pas de véritables contrats*<sup>117</sup> » et même que certaines branches du droit de la famille relevaient - relèvent encore ? - du domaine institutionnel. Désormais, la place de la volonté des individus, la liberté contractuelle, le consensualisme, la force obligatoire trouvent leur place dans le droit de la famille, que ce soit en matière matrimoniale (partenariat, changement de régime matrimonial), du divorce (déjudiciarisation, déjudirictionnalisation ou liquidation des droits et obligations d'un partenariat par les partenaires), des libéralités (donation-partage, donation-partage transgénérationnelle, donation graduelle, donation résiduelle), des successions (renonciation anticipée à l'action en réduction), des majeurs protégés (mandat de protection future, mandat à effet posthume), etc.. Aussi, « *dès l'instant où un contrat est possible, l'arbitrage doit logiquement être possible (là où il y a de la liberté contractuelle, il y a en effet de l'arbitrage). En droit international privé, cette contractualisation est relayée par la possibilité de plus en plus grande d'options de législation, ce au nom de l'autonomie personnelle (ainsi en va-t-il en matière de divorce aux termes de l'article 5 du règlement Rome III). Ensuite, le droit de la famille fait désormais la part belle aux modes alternatifs de résolution des conflits : conciliation, médiation et convention de procédure participative. Pourquoi dans cette veine ne pas ouvrir plus largement le recours à l'arbitrage ?*<sup>118</sup> »

**92.** Si les dernières réformes en matière familiale s'inscrivent dans un élan de déjudiciarisation, c'est la contrepartie de la judiciarisation et de la juridicisation des relations. La contractualisation du droit de la famille implique la résolution de litiges là où ce n'était pas possible auparavant, par exemple, le mariage était une institution indissoluble et immuable, la

---

<sup>116</sup> Ancien article 281 du Code civil français : « *quand le divorce est prononcé pour rupture de la vie commune, l'époux qui a pris l'initiative du divorce reste entièrement tenu au devoir de secours.* » version en vigueur du 1<sup>er</sup> janvier 1976 au 1<sup>er</sup> janvier 2005.

<sup>117</sup> FARGE M., *L'arbitrage et le contentieux familial international : deux mondes qui pourraient se rapprocher ?*, in Mélanges offerts à Geneviève PIGNARRE, un droit en perpétuel mouvement, LGDJ, 2018, p.334, paragraphe n°15.

<sup>118</sup> RACINE J.- B., *L'arbitrabilité des litiges de droit de la famille*, Droit et patrimoine, n°275, 1<sup>er</sup> décembre 2017, p.26 et s..

consécration d'un droit au divorce ouvre un contentieux abondant. Le doyen Carbonnier indiquait que le droit de la famille était constitué de « *droit* » et « *de non-droit* », beaucoup d'heures de non-droit pour quelques heures de droit, avec les nouveaux schémas familiaux qui se généralisent, comme par exemple les familles recomposées, le droit s'invite de plus en plus dans le quotidien lorsqu'il règle notamment un droit de visite et d'hébergement, organisé dans l'intérêt de l'enfant. Face à un tel phénomène, la place du juge est sans cesse interrogée et redéfinie, et offre une place aux modes alternatifs de résolution des conflits.

**93.** L'individualisme et l'inflation normative contribuent également à la judiciarisation de la société. La place du juge est essentielle dans l'équilibre des institutions, une justice indépendante des pouvoirs exécutif et judiciaire, avec lesquels elle limite l'arbitraire et empêche les abus, un pouvoir arrêtant un autre pouvoir. Le recours à l'arbitrage ne doit pas fragiliser le pouvoir judiciaire mais collaborer de concert pour déjudiciariser la société tout en étant compatible avec le système judiciaire pour ne pas être une justice parallèle mais un mode de résolution des conflits en mesure de coopérer intelligemment avec le pouvoir judiciaire et de revenir vers celui-ci lorsque cela s'avèrerait nécessaire. Comment les réformes actuelles abordent-elles ce processus de déjudiciarisation ?

**94.** L'immixtion du juge dans les rapports familiaux sur les questions relatives aux enfants, au couple, est de plus en plus souvent perçue comme une atteinte à la liberté des familles de faire ce qu'elles veulent, quand elles veulent, comme elles veulent. L'augmentation des conflits familiaux implique logiquement une charge de travail pour le juge, organe de l'Etat, aussi, les dernières réformes s'inscrivent dans un esprit de déjudiciarisation du droit de la famille.

**95.** Il est d'ailleurs fréquent d'entendre parler de la « *consommation de masse de la justice* », en raison notamment de l'inflation législative – dénoncée par les procureurs<sup>119</sup> -. Magistrats et particuliers se plaignent de l'engorgement des tribunaux, de la lenteur de la justice, etc.. Comme un effet physique des vases communicants, plus les contentieux augmentent, plus un processus de déjudiciarisation s'instaure.

**96.** « *Le repli du juge sur des missions essentielles dont la famille ne ferait plus*

---

<sup>119</sup> Le livre noir du ministère public, proposition pour la Justice, Conférence nationale des procureurs de la République, juin 2017.

*forcément partie est une dernière tendance contemporaine qui pourrait jouer en faveur de l'arbitrage.*<sup>120</sup> »

97. L'unification des législations en matière internationale est-elle envisageable, dans toutes les matières du droit de la famille ? L'arbitrage constitue-t-il une justice alternative souhaitable ou inévitable au regard d'un droit de la famille de plus en plus contractualisé ? Cette justice alternative s'imposera-t-elle comme une évidence dans le processus de « déjudiciarisation » ? L'arbitrage pourrait être une réponse face aux développements exponentiels des contentieux familiaux internationaux. Toutefois, il serait regrettable que cela soit « la » réponse pour tous les contentieux familiaux internationaux. La place de l'arbitrage face à la déjudiciarisation des matières matrimoniales et successorales (§1) ainsi qu'à la déjuridictionnalisation et déjudiciarisation en matière de divorce mérite de prendre un essor encadré. Ces interrogations relatives à l'arbitrabilité des litiges familiaux internationaux dans ces domaines particuliers – mariage, divorce, succession – se posent à la lumière du critère de l'internationalité des litiges familiaux internationaux. En effet, les mutations qui s'opèrent en droit interne français infiltrent la matière internationale. L'arbitrage interne et l'arbitrage international s'influencent, tout en étant indépendants, ils semblent par certains aspects, interdépendants. Un des facteurs de l'influence réciproque est la tendance *in favorem arbitrandum*. Le critère de l'internationalité tel qu'il est défini par le droit français a une portée universelle et non territoriale. L'application de l'arbitrage international en France ne dépend pas d'un élément d'extranéité, ni de l'application de la méthode des conflits de lois. Elle résultera de la mise en œuvre de la condition matérielle de l'internationalité lorsque celle-ci sera remplie, et ce, indépendamment du siège de l'arbitrage. Autrement dit, une procédure arbitrale établie en France ou hors de France pourrait appliquer le droit français de l'arbitrage international si la condition matérielle de l'internationalité est remplie. Une partie de la doctrine a pu reprocher l'arbitrabilité excessive de certains litiges en matière internationale<sup>121</sup> et parallèlement, une partie de la doctrine critique la rigidité du droit interne en matière d'arbitrage<sup>122</sup>. Aussi, est-il possible de penser que les évolutions du droit interne français, pourraient faire prendre conscience que l'arbitrage international en matière patrimoniale de la

---

<sup>120</sup> FARGE M., *L'arbitrage et le contentieux familial international : deux mondes qui pourraient se rapprocher ?*, in Mélanges offerts à Geneviève PIGNARRE, un droit en perpétuel mouvement, LGDJ, 2018, p.335, paragraphe n°16.

<sup>121</sup> Pour des auteurs plus prudents sur l'arbitrabilité familiale internationale voir notamment MURAT P., JARROSSON Ch..

<sup>122</sup> En ce sens, CLAY Th., soutenu par des praticiens du droit comme MULON E., BOICHÉ A., COUZIGOU-SUHAS N., etc..

famille peut être une réalité amenée à être développée ; cela ne serait pas sans conséquences sur le critère de l'internationalité combiné à celui de l'arbitrabilité.

### **§ 1. Déjudiciarisation en matières matrimoniale et successorale**

**98. Evolution législative française et incidence au regard de l'arbitrage :** Le législateur français œuvre pour une justice plus simple, plus efficace, plus accessible, etc. et s'évertue ainsi à la moderniser. Cet idéal de simplification, si louable soit-il, peut sembler utopique en matière familiale tant les réalités qui existent derrière chaque concept sont variées et intimement spécifiques à chaque individu. Néanmoins, ce n'est pas parce qu'une chose n'est pas aisée qu'elle ne doit pas être tentée. Aussi, après une première réforme dite « loi justice XXI », le législateur a poursuivi son travail avec la loi de programmation 2018-2022. L'exposé des motifs de cette loi énonçait le souhait du législateur d'adapter « *l'organisation et le fonctionnement de la justice pour que le citoyen soit au cœur du service public de la justice* » afin de renforcer « *la confiance du citoyen en la justice* ». Il précisait également que « *la moitié des Français considère qu'il n'est pas nécessaire d'avoir recours au juge pour certaines affaires civiles, et près des trois quarts se disent d'accord sur le fait de ne recourir au juge de façon systématique que dans les cas les plus graves dans le domaine pénal.* » Aussi, « *donner les moyens aux citoyens d'être plus actifs dans la résolution de leurs conflits, c'est favoriser des modes de règlement des conflits reposant sur l'accord de chacun, qui permettent une solution durable, rapide et à moindre coût tout en assurant la sécurité juridique.* » Cet exposé des motifs est révélateur de l'état d'esprit contemporain. Il faut des réponses adaptées, personnalisées, peu onéreuses, rapides, efficaces, applicables dans n'importe quel Etat, prises dans le respect des parties qui doivent être informées, consultées, considérées. Les mots-clefs de l'univers juridique sont notamment proactivité, consentement, satisfaction des parties. Cette tendance trouve son écho dans l'arbitrage international qui dispose des qualités nécessaires pour répondre à ces attentes. En outre, la loi déjudiciarise sans proposer un juge si un contentieux était avéré. Aussi, comme le législateur veut que le juge se recentre sur ses fonctions essentielles, souhaiterait-il, implicitement, que les contentieux à venir dans les domaines déjudiciarisés, soient présentés à un arbitre ?

**99. Les domaines de déjudiciarisation en matière successorale :** La matière

successorale est un domaine où la patrimonialité des droits, notamment dans le cadre de la liquidation, permet d'ores et déjà l'arbitrabilité de certains litiges. Les questions purement patrimoniales peuvent être arbitrées sans difficulté. Que le critère de l'arbitrabilité repose sur la patrimonialité ou l'indisponibilité des droits, en fonction des Etats, la matière successorale est arbitrale. Le critère de l'internationalité tel que défini par le droit français se fonde sur le critère économique, or une succession implique une transmission de valeurs, des valeurs patrimoniales, mobilières ou immobilières, dont le flux est susceptible de dépasser les frontières. Néanmoins, l'ouverture d'une succession c'est aussi la transmission d'autres valeurs : comme notamment la continuation de la personne du défunt par les héritiers : « *le Roi est mort, Vive le Roi !* ». Aussi, tout n'est pas nécessairement purement patrimonial. Certaines questions, par exemple, sont liées à la capacité, à l'état des personnes, comme la filiation afin de savoir si telle personne est un enfant du *de cuius* ou non, et ce, tant que la filiation ne reposera pas exclusivement sur la volonté. En outre, l'intervention du juge en matière successorale n'est pas nécessairement synonyme de litige. Le juge intervient comme un protecteur d'une partie. Il s'opposerait, par exemple, à ce qu'un enfant recueille une succession largement déficitaire et commence sa vie d'adulte avec des dettes qui le poursuivent, depuis des années et qu'il ne pourrait pas honorer. Aucun litige n'est présent dans ce type de dossier, le juge veille seulement sur une partie juridiquement incapable. En effet, ce dernier est compétent notamment en matière de capacité, en présence d'un mineur, d'un majeur protégé, et dans certaines conditions de légataires. Le juge intervient donc en matière de capacité, domaine qui n'est pas à ce jour arbitral. Par conséquent, la déjudiciarisation de l'envoi en possession peut interroger.

**100. Déjudiciarisation de l'envoi en possession :** Dans certains dossiers de succession, les légataires doivent être envoyés en possession par le juge afin d'appréhender les biens qui dépendent de la succession. Cette procédure dépend de la forme du testament et de la qualité des légataires. Elle ne sera pas exigée en présence d'un testament authentique qui a la force exécutoire. Elle concerne le légataire universel lorsque le défunt ne laisse pas d'héritiers réservataires. La procédure de l'envoi en possession avait déjà connu des réformes auparavant, notamment celle initiée par la loi n°66-1012 du 28 décembre 1966 qui a confié la rédaction du procès-verbal de l'ouverture et de l'état du testament au notaire alors que cette mission relevait avant de la compétence du président du Tribunal de Grande Instance. Désormais, outre la rédaction du procès-verbal de l'ouverture et de l'état du testament, intégrée dans la pratique notariale, le notaire doit constater la saisine du légataire universel institué par un testament olographe ou mystique, c'est-à-dire qu'il doit examiner s'il n'existe pas d'héritiers réservataires et se prononcer sur la qualification de legs universel. Dans l'hypothèse où il y aurait des héritiers

réservataires, l'envoi en possession ne serait pas requis, ces derniers procéderaient à la délivrance des legs. Quant à la qualification de légataire universel, si juridiquement la définition est claire, en pratique, des difficultés d'interprétation se posent régulièrement. Nonobstant la réforme, le notaire doit toujours adresser au greffe du tribunal de grande instance du lieu d'ouverture de la succession, une copie du procès-verbal du testament. Le greffe en accusera réception, le conservera au rang de ses minutes et dans le mois de la réception par le greffe, tout intéressé bénéficie d'un droit d'opposition<sup>123</sup>. Quel est l'impact de cette réforme ? De prime abord, il semblerait que cela ne soit qu'un aspect formel, qu'un changement de rédacteur de l'acte. Toutefois, l'envoi en possession, c'est un peu plus qu'un acte juridique, il concerne la capacité. Lorsque le légataire universel est envoyé en possession, il a la saisine. En l'absence d'opposition, la saisine est définitive. Il peut appréhender l'universalité du patrimoine. Il peut disposer des biens du défunt. Si la déjudiciarisation de l'envoi en possession est synonyme d'ouverture de l'arbitrabilité du litige, cela impliquerait l'arbitrabilité d'un litige non pas sur un aspect formel, pragmatique d'un dossier de succession mais sur une question cruciale de capacité, domaine qui n'est pas actuellement arbitral. Un cap serait franchi. Immédiatement, un danger vient à l'esprit. Si une personne, tiers du *de cuius* parvient à être désignée légataire universelle d'un riche testateur, l'hypothèse malheureusement n'est pas un cas d'école, il est possible de penser que cette personne pourrait choisir, en cas de litige avec les héritiers du défunt, un arbitre qui ne connaîtrait pas la formalité de l'envoi en possession et ne percevrait pas toutes les stratégies liées à ce procédé.

**101.** Outre les enjeux de l'envoi en possession, différentes interrogations peuvent, en amont, susciter des difficultés. Il en est ainsi des questions liées à la qualification des legs, à la recherche de la volonté du testateur et des nécessaires interprétations testamentaires, comme par exemple, la distinction entre un legs universel, à titre universel ou particulier, le souhait du testateur d'instituer une subrogation réelle ou non en cas d'absence de qualification précise entre legs *de residuo* ou graduel, sur le secteur d'imputation du legs au conjoint entre la quotité disponible ordinaire ou la quotité disponible spéciale entre époux, sur une qualification en avancement de part ou non, etc.. Les problématiques sont diverses et les droits y attachés le sont tout autant. Dans la continuité de la déjudiciarisation de l'envoi en possession, si l'arbitre doit conquérir sa place au détriment de celle du juge, celle-ci devrait connaître un essor quant aux questions liées, par exemple, au secteur d'imputation des legs, aspect technique de la liquidation successorale. Néanmoins, prôner l'essor de l'arbitrage dans le cadre de la déjudiciarisation de

---

<sup>123</sup> Article 1007 alinéas 2 et 3 du Code civil français.

l'envoi en possession, sur des questions liées à la recherche de la volonté du testateur pour interpréter et qualifier les legs, ce qui impactera la capacité des uns et des autres à appréhender l'universalité du patrimoine successoral, c'est une étape supplémentaire en faveur de laquelle le temps œuvrera peut-être.

**102. Déjudiciarisation en matière d'acceptation de la succession par un majeur protégé :** Désormais, le juge n'est plus sollicité pour autoriser un majeur protégé à accepter purement et simplement une succession manifestement excédentaire, ni même pour un partage sauf en cas d'opposition d'intérêts. Accroissement de liberté, déclin d'une surveillance bienveillante, quelles que soient les positions des uns et des autres, les réformes successives ôtent au juge de nombreuses prérogatives qui le faisaient quotidiennement intervenir en matière familiale en dehors de tout conflit. L'arbitre n'a aucune mission de contrôle. Il n'a pas à se substituer à ce stade. Mais comme le juge cède sa place, pourquoi serait-il le seul à solutionner un litige qui surviendrait à la suite d'une acceptation malencontreuse d'un majeur protégé ? En réponse à l'élan de déjudiciarisation, l'arbitre ne pourrait-il pas s'imposer comme un acteur privilégié ? La protection du majeur renvoie à la notion de capacité, qui, dans de nombreux Etats, n'est pas arbitrale. Il semblerait cependant que, pour la France le majeur protégé acquiert de plus en plus de capacité, comme par exemple le droit de vote, ce qui militerait en faveur d'un arbitrage relatif à un litige à la suite d'une acceptation de la succession par un majeur protégé. Une position qui ne sera pas partagée à l'unanimité sur la scène internationale.

**103. Déjudiciarisation en matière matrimoniale :** Plus largement que la matière matrimoniale, la déjudiciarisation concerne différents modes de conjugalités, à savoir le pacte civil de solidarité et le mariage, mais aussi la vie et la fin du régime matrimonial avec le changement de celui-ci ou le divorce par consentement mutuel.

**104. Une déjudiciarisation en matière matrimoniale liée à l'évolution de la société :** Cette déjudiciarisation en matière matrimoniale est rendue possible par l'augmentation des familles monoparentales, par l'amoindrissement de la pression sociétale relative aux enfants nés hors mariage corroboré par l'égalité des filiations, par l'essor de nouveaux modes de conjugalités, d'intégration et de codification du concubinage (une seule définition cependant<sup>124</sup>) et du pacte civil de solidarité, mais aussi juridiquement par le recul des immutabilités, des quasi-indissolubilités, des prohibitions, etc., et judiciairement par le recul du contrôle du juge en cas

---

<sup>124</sup> Article 515-8 du Code civil français : « le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple. »



de changement de régime matrimonial, dans de nombreux accords familiaux alors que désormais le juge n'est sollicité qu'en cas de contentieux, en ultime recours et nombreux sont ceux qui souhaitent trouver un accord sans s'adresser à un juge. La perspective d'une procédure d'une décennie effraie de nombreuses familles et ne correspond pas à la philosophie actuelle de célérité, de proactivité, de prise de *lead*, qui phagocyte également les familles qui veulent connaître les « *next steps* » - dénomination plutôt sibylline pour un néophyte du monde judiciaire - et recherchent du « gagnant-gagnant », et non une décision d'un juge qui tranche, impose, sanctionne. D'ailleurs, la sanction est totalement démodée aujourd'hui et recule en droit de la famille : le divorce pour faute est désuet, la fessée est prohibée, le slogan clamé en 1968 « *il est interdit d'interdire* » est une réalité qui s'impose dans les familles. L'arbitre qui chercherait une solution avec les familles semble être beaucoup plus tendance qu'un juge immobilisé sur des interdits juridiques qu'il voudrait faire respecter.

**105.** *Déjudiciarisation en matière de pacte civil de solidarité* : Initialement la constitution d'un pacte civil de solidarité relevait de la compétence des greffiers qui les enregistraient. Cette compétence a été transférée aux notaires et à l'officier d'état civil. Dans la perspective du parallélisme des formes, le juge n'a pas le monopole de la constitution d'un tel contrat, aussi, pourquoi en aurait-il un lors de la dissolution de ce dernier, *a fortiori* lorsque le litige ne concerne que des aspects purement patrimoniaux ? Si l'arbitrabilité du litige qui porte sur la liquidation d'un pacte civil de solidarité entre deux personnes juridiquement capables ne faisait, préalablement à la réforme, aucune difficulté, l'obstacle à une telle arbitrabilité pouvait résulter du réflexe de solliciter le juge qui avait été présent au début. Eloignées des greffes des tribunaux dès l'origine de leur contrat, il est probable qu'en cas de litige lors de la rupture de celui-ci, les parties envisageront peut-être plus aisément, plus spontanément, une résolution alternative de leur différend.

**106.** *Déjudiciarisation en matière de changement de régime matrimonial* : La déjudiciarisation du changement de régime matrimonial s'effectue progressivement depuis de nombreuses années. Aux termes de la loi du 23 juin 2006, l'homologation judiciaire de l'acte notarié était devenue résiduelle. Elle n'était requise qu'en présence d'un enfant mineur ou en cas d'opposition soit d'un enfant majeur, soit d'un créancier. Depuis le 25 mars 2019, le changement de régime matrimonial peut intervenir sans délai, l'homologation judiciaire en présence d'enfant mineur n'est plus systématique<sup>125</sup>. Elle n'a pas toutefois disparu puisque le

---

<sup>125</sup> Article 1397 alinéa 5 du Code civil français : « *lorsque l'un ou l'autre des époux a des enfants mineurs sous le régime de l'administration légale, le notaire peut saisir le juge des tutelles dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 387-3.* »

« *juge est saisi aux mêmes fins par les parents ou l'un d'eux, le ministère public ou tout tiers ayant connaissance d'actes ou omissions qui compromettent manifestement et substantiellement les intérêts patrimoniaux du mineur ou d'une situation de nature à porter un préjudice grave à ceux-ci.*<sup>126</sup> » L'exemple qui vient spontanément à l'esprit, sans aucune caricature, c'est l'hypothèse d'un couple remarié qui envisage une communauté universelle avec clause d'attribution intégrale au profit du conjoint survivant dans l'objectif de déshériter les enfants mineurs issus de la première union. Le notaire saisira alors le juge pour informer que l'acte de changement de régime matrimonial compromet manifestement et substantiellement les intérêts patrimoniaux du mineur. Si ce couple souhaite attendre la majorité de leurs enfants pour parvenir à cette finalité, les enfants majeurs disposeront alors d'une faculté d'opposition puis de l'action en retranchement. Le Code civil contient de nombreux outils protecteurs. Il n'en demeure pas moins que la procédure de changement de régime matrimonial est impactée par l'élan de déjudiciarisation du législateur, en faveur de la contractualisation de la famille au cœur d'une matière où les actes sont juridiquement qualifiés de solennels, et au sein d'une matière où l'institution avait sa place ainsi que des principes comme notamment celui de l'immutabilité, mis à mal par la suppression du délai de deux ans mais dont un reliquat semblerait subsister<sup>127</sup>. « *L'intervention judiciaire est désormais limitée aux cas d'opposition formée par les enfants ou de risque identifié par le notaire d'atteinte aux droits du mineur*<sup>128</sup> », une intervention judiciaire qui semble mettre de côté les piliers du mariage et se concentrer sur les aspects patrimoniaux, ce qui permettrait un essor de l'arbitrage familial, et ce, également à la fin du régime matrimonial, en cas de divorce (§2). Est-ce que cette déjudiciarisation et déjuridictionnarisation ira jusqu'à solliciter un arbitre dans le cadre d'une procédure gracieuse, en l'absence de litige pour un contrôle de fond ou de forme en matière familiale internationale ? Le contrôle, l'exequatur, semblent relever de l'*imperium merum* qui est le pouvoir le plus absolu, qui n'appartient pas à l'arbitre ; lui conférer reviendrait à lui prêter une fonction inédite.

---

<sup>126</sup> Article 387-3 alinéa 2 du Code civil français.

<sup>127</sup> Notamment à l'article 1396 alinéa 3 du Code civil français, ainsi que l'exigence d'un intérêt familial imposé à l'article 1397 alinéa 1 pour tout changement de régime matrimonial.

<sup>128</sup> Annexe 6 simplification du changement de régime matrimonial de la circulaire de présentation des entrées en vigueur des dispositions civiles de la loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, n°NOR : JUSC1909309C, n°CIRC CIV/04/2019, du 25 mars 2019, de la garde des sceaux, ministre de la justice.

## § 2. Déjuridictionnalisation et déjudiciarisation du divorce

107. « **Se divorcer** » : « *Quand un serpent de mer devient réalité...<sup>129</sup>* » Après la consécration d'un droit au divorce par l'Etat français, le législateur est allé plus loin en faisant du verbe divorcer un verbe pronominal : les époux peuvent désormais « *se divorcer* ». « *Déjudiciarisation et contractualisation sont donc deux faces d'une même réalité : le divorce et de ce fait le mariage sont désormais entre les mains des époux<sup>130</sup>* ». Le divorce peut résulter d'un contrat sous seing privé déposé au rang des minutes d'un notaire dès lors que les époux sont d'accord sur les conséquences du divorce et qu'aucun enfant ne demande à être entendu par un juge, et ce depuis la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle. Ce divorce est dit sans juge dans la mesure où il s'applique aux divorces non contentieux. C'est un truisme de dire que l'absence de litige s'accompagne de l'absence de procès, donc de juge. Par conséquent, un arbitre n'est pas nécessaire non plus. Toutefois, si la mise en œuvre des effets initialement prévus génère un conflit non envisagé, alors, il pourrait sembler plus naturel de s'adresser à un arbitre plutôt qu'à un juge, et ce afin d'atteindre l'objectif de désengorger les tribunaux « *sur le fonds de disette budgétaire<sup>131</sup>* ». Mais ce divorce sans juridiction a fait l'objet de nombreuses critiques, notamment d'un point de vue international. « *Dans cette nouvelle configuration, les règles traditionnelles de compétence (en matière matrimoniale, en matière de responsabilité parentale, en matière d'obligations alimentaires, en matière de régimes matrimoniaux...) sont inapplicables au divorce sans juge. En effet, seules les « juridictions » sont liées par ces règles de compétence. Même à supposer que l'on donne au terme « juridiction » au sens large permettant d'englober des autorités non judiciaires qui exercent des fonctions juridictionnelles, les avocats (qui assistent les époux et contresignent la convention) et le notaire (qui contrôle le respect des exigences formelles prévues au 1° et 6° de l'article 229-3 du Code civil et s'assure que le projet de convention n'a pas été signé avant l'expiration du délai de réflexion prévu à l'article 229-4) n'exercent pas de fonctions juridictionnelles.* » *Les époux n'étant pas liés par des règles de compétence, ils peuvent donc divorcer en France par consentement mutuel non judiciaire même si leur situation*

---

<sup>129</sup> FULCHIRON H., *Divorcer sans juge, à propos de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle*, La Semaine juridique, édition générale, n°48, 28 novembre 2016, aperçus rapides n°1267, p.2182.

<sup>130</sup> FULCHIRON H., *Divorcer sans juge, à propos de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle*, La Semaine juridique, édition générale, n°48, 28 novembre 2016, aperçus rapides n°1267, p.2182.

<sup>131</sup> BRENNER CL., *Le nouveau divorce par consentement mutuel : retour à l'an II ?*, JCP N, n°8, 24 février 2017, actualités 262, p.9 ; JCP G, n°9, 27 février 2017, Libres propos 195, p.342-345.

*n'entretient aucun lien avec le territoire français. Après le spectre du « tourisme du mariage gay et lesbien », se profile aujourd'hui celui du divorce sans juge ! Si la réforme du droit des contrats visait à « restaurer l'attractivité du droit des contrats français », le droit de la famille français est une invitation au shopping législatif. Grisante, cette liberté qui s'ouvre aux époux risque toutefois d'être limitée par un « effet boomerang » (le retour du juge) et un « effet papillon » (la circulation du divorce).<sup>132</sup>» Face à ce vide juridictionnel et la prémonition d'un « effet boomerang », l'arbitre n'aurait-il pas sa place ?*

**108.** *« Dans le nouveau divorce, le juge disparaît, et avec lui la décision de justice. Reste le contrat qui n'aura pas été purgé de ses vices par le contrôle du juge, aussi formel soit-il. A priori, la convention par laquelle les époux se divorcent et règlent les conséquences de leur séparation sera donc soumise au droit commun des contrats. Le fait qu'elle prenne la forme d'un acte d'avocat n'y change rien.<sup>133</sup> »* S'il devient un contrat comme un autre, qui constate une transmission de valeurs patrimoniales au-delà des frontières, les critères de l'internationalité sont remplis. Est-ce le point de départ de la popularisation de l'arbitrage international en matière de divorce, le cas échéant, son champ d'application sera-t-il limité aux transferts de valeurs, de flux, transfrontaliers ou s'étendra-t-il à toutes les problématiques générées par le divorce, notamment à l'égard des enfants ?

**109.** *« Dans un divorce par consentement mutuel extrajudiciaire, les époux ne sont pas partis 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 est exclu. Une déjudiciarisation du divorce contentieux ouvrirait, quant à elle, un nouveau champ pour l'arbitrage. Il n'est donc pas exclu, à l'avenir, que puissent être soumis à l'arbitrage les conflits en matière de divorce, d'exercice de l'autorité parentale ou de pension alimentaire pour les enfants.<sup>134</sup> »* Une perspective panoramique révèle que le prononcé même du divorce ne fait pas l'objet d'un arbitrage mais uniquement le traitement de ces conséquences. Si jusqu'à présent, l'arbitrabilité du prononcé du divorce n'est pas pratiquée, ne serait-ce pas le résultat d'une « conception – sans doute d'un autre âge depuis l'avènement du divorce conventionnel – [qui] nous incitait à croire qu'il [le divorce] ne pouvait, en France, être prononcé que par une juridiction étatique. Cette conception pouvait conduire à exclure l'arbitrage ou, plus exactement, à le réserver au

---

<sup>132</sup> DEVERS A., *Le divorce sans juge en droit international privé*, Droit de la famille, n° 1, janvier 2017, dossier n°5, paragraphe 2.

<sup>133</sup> FULCHIRON H., *Divorcer sans juge, à propos de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle*, La Semaine juridique, édition générale, n°48, 28 novembre 2016, aperçus rapides n°1267, p.2185.

<sup>134</sup> DEVERS A., *L'arbitrage en droit de la famille*, Droit de la famille, LexisNexis, n°1, janvier 2019, dossier n°7, paragraphe 3.

*seul contentieux pécuniaire entre époux.*<sup>135</sup> » Cette conception permettait aussi aux futurs ex-époux de prendre le temps de réfléchir aux conséquences de leur décision, voire de revenir en arrière. Ce temps, alors supérieur au délai de quinze jours désormais en vigueur, implique maintenant qu'il est plus rapide de divorcer que de se marier. A la vitesse de l'éclair, les époux peu aguerris à ce genre de sujet doivent fournir les pièces nécessaires pour liquider le régime matrimonial, réorganiser un budget, prendre acte de l'impact en matière d'allocations familiales, aides sociales dont ils seraient susceptibles d'être titulaires, annuler les donations entre époux, rédiger un nouveau testament le cas échéant, convenir de décisions importantes à l'égard de leurs enfants. « (...) *On objectera que le divorce conventionnel, réduisant la protection de l'enfant à la rédaction d'un formulaire, a déjà fait beaucoup en matière de désengagement de l'Etat. On se gardera toutefois de concevoir ce bricolage législatif comme une incitation à l'arbitrage*<sup>136</sup> ... » Le sort de l'enfant dans cette procédure a été un des éléments soulevés par différents auteurs qui ont porté plainte devant la Commission européenne. Cette plainte a été déposée pour non-respect du droit de l'Union européenne, fondée sur quatre points cardinaux : l'absence de contrôle des règles de compétences directes européennes, l'impossible circulation des actes de divorce par consentement mutuel dans l'Union européenne, l'absence de garantie de la loi applicable au divorce, la violation des droits fondamentaux de l'enfant garantis par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>137</sup>.

**110. La non-arbitrabilité des litiges pour « se divorcer » :** Quid de l'arbitrabilité du principe du divorce ? « *En matière de divorce, il n'est pas concevable de confier à un arbitre le soin de prononcer le divorce et pas davantage de répartir les torts entre les époux. Mais la fixation de la prestation compensatoire pourrait fort bien être confiée par les parties à un arbitre*<sup>138</sup> ». Cette affirmation est partagée en droit comparé. Dans les pays qui sont familiers de l'arbitrage familial international, par exemple au Royaume-Uni, l'arbitrage est utilisé pour régler les conséquences du divorce et non pour le prononcer. « *Le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice s'inscrit dans ce mouvement lorsqu'il*

---

<sup>135</sup> FARGE M., *L'arbitrage et le contentieux familial international : deux mondes qui pourraient se rapprocher ?*, in Mélanges offerts à Geneviève PIGNARRE, un droit en perpétuel mouvement, LGDJ, 2018, p.336, paragraphe n°17.

<sup>136</sup> FARGE M., *L'arbitrage et le contentieux familial international : deux mondes qui pourraient se rapprocher ?*, in Mélanges offerts à Geneviève PIGNARRE, un droit en perpétuel mouvement, LGDJ, 2018, p.336, paragraphe n°17.

<sup>137</sup> En ce sens lire notamment JCP N 2017, n° 17, p. 13 : plainte formulée conjointement par NOURISSAT C., BOICHE A., ASKENAZI D., MEIER-BOURDEAU A, THUAN G. dit Dieudonné.

<sup>138</sup> DEPONDT A., *De l'intérêt de recourir à l'arbitrage et à la conciliation*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, n°17, 24 avril 2015, p.44.

propose une déjudiciarisation du contentieux de la révision des pensions alimentaires pour les enfants. S'agissant de la « déjuridictionnalisation » du divorce par consentement mutuel, son incidence sur la question de l'arbitrabilité du divorce demeure plus limitée.<sup>139</sup> S'agissant également de la « déjuridictionnalisation » du divorce par consentement mutuel, quid notamment de l'audition de l'enfant, de la parole du mineur, de sa représentation devant un éventuel arbitre, de l'institution de barème pour déterminer des pensions au lieu d'une étude des pièces du dossier ? Dans ce contexte, quid du devenir du juge aux affaires familiales, l'« homme-orchestre du divorce »<sup>140</sup> ? Certaines pièces d'opéra ont été représentées par deux chefs d'orchestre, le claveciniste responsable des chanteurs, le premier violon responsable de l'orchestre ; faudrait-il instituer cette dichotomie entre un juge aux affaires familiales responsable du prononcé du divorce et un arbitre responsable des parties ? Comment deux procédures pourraient-elles coexister, s'imbriquer l'une dans l'autre sans nuire à l'efficacité de la Justice ?

**111.** D'autres critiques négatives sont également connues : « nul n'imaginerait que l'Etat puisse confier à des agences privées, quel que soit leur degré de professionnalisme, le soin de soulager les forces de l'ordre et l'armée dans leur mission de défense de la sécurité publique. Comment pourrait-il en aller autrement de la force exécutoire alors que l'interdiction de la justice privée et le monopole de l'usage légitime de la force par la puissance publique sont les premiers axiomes du droit ? Et pourquoi ce qui serait admis pour le divorce ne vaudrait-il pas en toute autre matière ? De sorte que par effet de contagion, la philosophie et les équilibres fondamentaux de notre modèle juridique pourraient bien voler en éclats si l'on n'y prête garde.<sup>141</sup> »

**112.** L'arbitrabilité totale des litiges liés au divorce et par conséquent sur le prononcé même du principe du divorce ne semble pas souhaitable. Si ces dernières réformes favorisent l'essor des modes alternatifs de règlement des litiges, « reste que ce développement n'est pas décisif de l'admission de l'arbitrage, car il n'y a pas une différence de degré mais une différence de nature entre ces modes de règlement amiable et l'arbitrage. Une chose est de chercher un accord, une autre est de confier le soin à un tiers arbitre de trancher un différend ». En outre, le principe du divorce n'est ni disponible, ni patrimonial. A quel titre pourrait-il être

---

<sup>139</sup> DEVERS A., *L'arbitrage en droit de la famille*, Droit de la famille, LexisNexis, n°1, janvier 2019, dossier n°7, paragraphe 3.

<sup>140</sup> GROSLIERE J.- C., *Le juge aux affaires matrimoniales (ou l'homme-orchestre du divorce)*, D. 1976, 73, in FULCHIRON et MALAURIE, *la famille*, op.cit.p.245.

<sup>141</sup> BRENNER CL., *Le nouveau divorce par consentement mutuel : retour à l'an II ?*, JCP N, n°8, 24 février 2017, actualités 262, p.9 ; JCP G, n°9, 27 février 2017, Libres propos 195, p.342-345.

arbitrable ? Serait-ce pour un motif de simplicité afin que l'arbitre solutionne le conflit du début à la fin ou parce qu'avec le divorce par consentement mutuel il est mis fin au mariage par un acte notarié ? Il est vrai que cette nouvelle procédure interpelle et semble très favorable à l'arbitrabilité du principe du divorce. La procédure est déjuridictionnalisée, déjudiciarisée, le nouveau juge qui pourrait aisément s'imposer c'est l'arbitre. Toutefois, ce serait franchir un obstacle traditionnel dont la limite n'est pas franchie sur la scène internationale.

**113. Vers une nouvelle culture favorable à l'arbitrage des litiges relatifs aux conséquences du divorce ?** : Indépendamment des arguments énoncés par d'éminents auteurs, la pratique doit appliquer quotidiennement cette loi, et les critiques ne sont pas moindres pour la loi de programmation 2018-2022 qui s'inscrit dans cette continuité. « *Le Gouvernement souhaite engager une réforme de la justice pour rendre plus effectives les décisions des magistrats, donner plus de sens à leurs missions et rétablir la confiance de nos concitoyens dans notre justice. La présente loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice permet de lancer des réformes structurelles dans de nombreux domaines (...) C'est l'objet du sous-titre 1<sup>er</sup>, qui se propose tout d'abord, dans un chapitre 1<sup>er</sup>, de développer la culture du règlement amiable des différends. (...) L'article 2 prévoit d'étendre la tentative préalable obligatoire de résolution amiable, actuellement prévue pour les litiges devant le tribunal d'instance (...)*<sup>142</sup> ». Cette réforme encourage « *la promotion du recours aux modes alternatifs de règlement des différends [qui] implique toutefois d'étendre l'offre en la matière ; il convient à cet effet d'énoncer les obligations pesant sur les prestataires offrant en ligne des services de conciliation, médiation ou arbitrage.*<sup>143</sup> » Le terme de « culture » utilisé dans l'exposé des motifs est révélateur et pertinent d'un point de vue comparatiste.

**114.** Révélateur d'une part, puisque la justice évolue profondément, même au Japon, par exemple. Traditionnellement, les japonais sont réticents à porter leur conflit devant une juridiction mais chercheront plutôt une résolution amiable alors qu'au cours des quinze dernières années, le nombre de procès a triplé. Néanmoins, 95% des divorces sont réglés par l'accord des parties, directement constaté par le juge, le tribunal de famille, qui est par ailleurs compétent, outre le contentieux familial classique, en matière de délinquance juvénile, de

---

<sup>142</sup> Exposé des motifs, Projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, n°463, présenté au nom de Monsieur Edouard PHILIPPE, Premier ministre et Madame Nicole BELLOUBET, Garde des Sceaux, ministre de la justice.

<sup>143</sup> Exposé des motifs, Projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, n°463, présenté au nom de Monsieur Edouard PHILIPPE, Premier ministre et Madame Nicole BELLOUBET, Garde des Sceaux, ministre de la justice.

protection de l'enfant en danger et des personnes incapables<sup>144</sup>. Aux Etats-Unis, il semblerait que la justice prédictive soit de plus en plus utilisée, notamment en matière pénale ; l'intime conviction cèderait peu à peu sa place aux algorithmes.

**115.** Pertinent d'autre part, car la « culture de l'arbitrage » est beaucoup plus présente dans les pays dits de *common law* que dans les pays dits de droit romano-germanique. Cette « culture » résulte d'une volonté politique. A cet égard, il est notamment possible de se référer au rapport annexé au projet de la loi de programmation 2018-2022 : « *les modes alternatifs de règlement des conflits doivent continuer à se développer pour alléger l'activité des juridictions mais, surtout pour favoriser des modalités plus apaisées et plus rapides de règlement des différends pour les citoyens.*<sup>145</sup> » Ce changement de culture serait-il un remède à la « *clochardisation de la justice*<sup>146</sup> » dans la mesure où « *les parquets les plus chargés se trouvent incontestablement en France, qui compte en Europe quasiment le plus petit nombre de procureurs (2,8 pour 100 000 habitants, pour une moyenne européenne de 11,3), mais doit en même temps faire face au plus grand nombre de procédures reçues (7,4 pour 100 000 habitants, pour une moyenne européenne de 3,4), tout en ayant à remplir un nombre record de fonctions différentes (13 pour 11 aux Pays-Bas et en Allemagne, 8 en Italie et 5 en Angleterre et en Espagne*<sup>147</sup> » ?

**116.** Cette nouvelle culture souhaitée par la loi de programmation est accompagnée de mesures concrètes comme la médiation post-sentencielle destinée à favoriser l'exécution amiable de la décision qui statue sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale. C'est un exemple parmi d'autres, et peut-être une première étape qui pourrait être suivie d'un arbitrage. Quoiqu'il en soit, cette culture est motivée par les évolutions des notions d'indisponibilité et d'ordre public.

**117. L'arbitrabilité fondée sur l'indisponibilité, vers un changement de paradigme :** La prohibition de l'article 2060 du Code civil français ne concerne, en matière de divorce, que le statut personnel, et non les conséquences de telle sorte que les questions patrimoniales qui en découlent sont susceptibles d'être arbitrées. « *Dès lors, aussi bien en*

---

<sup>144</sup> <http://www.justice.gouv.fr/europe-et-international-10045/etudes-de-droit-compare-10285/decouvrez-le-systeme-judiciaire-du-japon-25892.html> version consultable au 5 mars 2019.

<sup>145</sup> Ministère de la justice, Projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, rapport annexe, NOR : JUST1806695L/Bleue-2, p. 6.

<sup>146</sup> Le livre noir du ministère public, proposition pour la Justice, Conférence nationale des procureurs de la République, juin 2017.

<sup>147</sup> Le livre noir du ministère public, proposition pour la Justice, Conférence nationale des procureurs de la République, juin 2017.



*matière interne qu'internationale, le champ de l'arbitrabilité en droit patrimonial de la famille est immense. Il couvre notamment les questions relatives à la liquidation d'un régime matrimonial, d'une succession s'il s'agit de droits disponibles, aux obligations alimentaires dès lors que c'est un terme échu, et plus généralement à tous les partages. C'est dire si les limites de l'inarbitrabilité sont lointaines.*<sup>148</sup>» Lointaines et tellement confuses. Etablir un tableau qui indiquerait de manière exhaustive dans la première colonne tous les droits disponibles, dans la deuxième colonne tous les droits indisponibles, dans une troisième colonne tous les droits patrimoniaux, dans une quatrième tous les droits extra-patrimoniaux afin de déterminer sans aucune ambiguïté ce qui est arbitral et ce qui ne l'est pas relèverait d'un treizième travail d'Hercule. « *A vrai dire, les notions de disponibilité et d'indisponibilité sont assez insaisissables : on en chercherait en vain une définition précise, les auteurs renvoyant le plus souvent à une opposition entre droits patrimoniaux et droits extrapatrimoniaux, plus facile à caractériser, du moins en apparence, mais dont les contours sont tout aussi difficiles à tracer. Quant au passage par l'arbitrabilité, il ne fait que déplacer le problème, tant cette notion est sujette à discussion.*<sup>149</sup> » Au lieu de déplacer le problème et de se figer sur des belles valeurs du droit de la famille qui tombe en désuétude – indisponibilité, ordre public familial – ne faudrait-il pas établir le bilan coût/avantage/inconvénient de l'arbitrage pour évaluer les risques redoutés – par exemple l'arbitrage confessionnel – et si la balance des avantages s'avère positive, réfléchir *de lege ferenda* à des matières où le principe de l'arbitrabilité serait clairement autorisé. Pour certains, l'arbitrage confessionnel c'est évoquer une chimère angoissante qui n'existe pas. Pour d'autres, ils souligneraient que l'arbitrage confessionnel

<sup>148</sup> Note de bas de page n°15 dans cet article : Club des juristes, rapport « arbitrage en ligne », 3 avril 2019, Lamy contrats internationaux, n°272-14, Lamyline

[<sup>149</sup> FULCHIRON H., Note de bas de page n°18 dans cet article : Club des juristes, rapport « arbitrage en ligne », 3 avril 2019, Lamy contrats internationaux, n°272-14, Lamyline \[<sup>149</sup> FULCHIRON H., Note de bas de page n°18 dans cet article : Club des juristes, rapport « arbitrage en ligne », 3 avril 2019, Lamy contrats internationaux, n°272-14, Lamyline \\[<sup>149</sup> FULCHIRON H., Note de bas de page n°18 dans cet article : Club des juristes, rapport « arbitrage en ligne », 3 avril 2019, Lamy contrats internationaux, n°272-14, Lamyline \\\[<sup>149</sup> FULCHIRON H., Note de bas de page n°18 dans cet article : Club des juristes, rapport « arbitrage en ligne », 3 avril 2019, Lamy contrats internationaux, n°272-14, Lamyline \\\\[<sup>149</sup> FULCHIRON H., Note de bas de page n°18 dans cet article : Club des juristes, rapport « arbitrage en ligne », 3 avril 2019, Lamy contrats internationaux, n°272-14, Lamyline \\\\\[<sup>149</sup> FULCHIRON H., Note de bas de page n°18 dans cet article : Club des juristes, rapport « arbitrage en ligne », 3 avril 2019, Lamy contrats internationaux, n°272-14, Lamyline \\\\\\[<sup>149</sup> FULCHIRON H., Note de bas de page n°18 dans cet article : Club des juristes, rapport « arbitrage en ligne », 3 avril 2019, Lamy contrats internationaux, n°272-14, Lamyline \\\\\\\[72\\\\\\\]\\\\\\\(https://lamyline-lamy-fr.ezscd.univ-lyon3.fr/Content/Document.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAE3QTU\\\\\\\_DMAwG4F9DLpNQu63ddsiBbRyQ0IRgcHcTq7UIDiRut\\\\\\\_573JUDkR4pH69iJz89pvGMV7GQGpIELS6QF4FaRpNHjix-2XPq0Qg02ZZFcbdxk1It1UqtVaVqtVFbtZvsDDjpIRyjs9U0pwHP0NjSxOQx7UdbGikC4RWzXRcmd\\\\\\\_FygoFaEIq8hzSXJu\\\\\\\_t6bHQUdb1aluZAVPWgP2gFlnQdNR2z0rmfEZIrnvRt9gnJkfxHvL31QT-1EBebodzCC8WGKP1wMk\\\\\\\_8B--glD-Z210Qzhf3a-dN-LaOH5oLktXGRJMSyNC7p7BMEDBGT\\\\\\\_1\\\\\\\_0vdXXoR2IBAAA=WKE#\\\\\\\_ou dans celui-là : MURAT P., Arbitrage et évolution du droit français de la famille, Droit et patrimoine, n°275, 1<sup>er</sup> décembre 2017, p.31.</a></p>
</div>
<div data-bbox=\\\\\\\)\\\\\\]\\\\\\(https://lamyline-lamy-fr.ezscd.univ-lyon3.fr/Content/Document.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAE3QTU\\\\\\_DMAwG4F9DLpNQu63ddsiBbRyQ0IRgcHcTq7UIDiRut\\\\\\_573JUDkR4pH69iJz89pvGMV7GQGpIELS6QF4FaRpNHjix-2XPq0Qg02ZZFcbdxk1It1UqtVaVqtVFbtZvsDDjpIRyjs9U0pwHP0NjSxOQx7UdbGikC4RWzXRcmd\\\\\\_FygoFaEIq8hzSXJu\\\\\\_t6bHQUdb1aluZAVPWgP2gFlnQdNR2z0rmfEZIrnvRt9gnJkfxHvL31QT-1EBebodzCC8WGKP1wMk\\\\\\_8B--glD-Z210Qzhf3a-dN-LaOH5oLktXGRJMSyNC7p7BMEDBGT\\\\\\_1\\\\\\_0vdXXoR2IBAAA=WKE#\\\\\\_ou dans celui-là : MURAT P., Arbitrage et évolution du droit français de la famille, Droit et patrimoine, n°275, 1<sup>er</sup> décembre 2017, p.31.</a></p>
</div>
<div data-bbox=\\\\\\)\\\\\]\\\\\(https://lamyline-lamy-fr.ezscd.univ-lyon3.fr/Content/Document.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAE3QTU\\\\\_DMAwG4F9DLpNQu63ddsiBbRyQ0IRgcHcTq7UIDiRut\\\\\_573JUDkR4pH69iJz89pvGMV7GQGpIELS6QF4FaRpNHjix-2XPq0Qg02ZZFcbdxk1It1UqtVaVqtVFbtZvsDDjpIRyjs9U0pwHP0NjSxOQx7UdbGikC4RWzXRcmd\\\\\_FygoFaEIq8hzSXJu\\\\\_t6bHQUdb1aluZAVPWgP2gFlnQdNR2z0rmfEZIrnvRt9gnJkfxHvL31QT-1EBebodzCC8WGKP1wMk\\\\\_8B--glD-Z210Qzhf3a-dN-LaOH5oLktXGRJMSyNC7p7BMEDBGT\\\\\_1\\\\\_0vdXXoR2IBAAA=WKE#\\\\\_ou dans celui-là : MURAT P., Arbitrage et évolution du droit français de la famille, Droit et patrimoine, n°275, 1<sup>er</sup> décembre 2017, p.31.</a></p>
</div>
<div data-bbox=\\\\\)\\\\]\\\\(https://lamyline-lamy-fr.ezscd.univ-lyon3.fr/Content/Document.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAE3QTU\\\\_DMAwG4F9DLpNQu63ddsiBbRyQ0IRgcHcTq7UIDiRut\\\\_573JUDkR4pH69iJz89pvGMV7GQGpIELS6QF4FaRpNHjix-2XPq0Qg02ZZFcbdxk1It1UqtVaVqtVFbtZvsDDjpIRyjs9U0pwHP0NjSxOQx7UdbGikC4RWzXRcmd\\\\_FygoFaEIq8hzSXJu\\\\_t6bHQUdb1aluZAVPWgP2gFlnQdNR2z0rmfEZIrnvRt9gnJkfxHvL31QT-1EBebodzCC8WGKP1wMk\\\\_8B--glD-Z210Qzhf3a-dN-LaOH5oLktXGRJMSyNC7p7BMEDBGT\\\\_1\\\\_0vdXXoR2IBAAA=WKE#\\\\_ou dans celui-là : MURAT P., Arbitrage et évolution du droit français de la famille, Droit et patrimoine, n°275, 1<sup>er</sup> décembre 2017, p.31.</a></p>
</div>
<div data-bbox=\\\\)\\\]\\\(https://lamyline-lamy-fr.ezscd.univ-lyon3.fr/Content/Document.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAE3QTU\\\_DMAwG4F9DLpNQu63ddsiBbRyQ0IRgcHcTq7UIDiRut\\\_573JUDkR4pH69iJz89pvGMV7GQGpIELS6QF4FaRpNHjix-2XPq0Qg02ZZFcbdxk1It1UqtVaVqtVFbtZvsDDjpIRyjs9U0pwHP0NjSxOQx7UdbGikC4RWzXRcmd\\\_FygoFaEIq8hzSXJu\\\_t6bHQUdb1aluZAVPWgP2gFlnQdNR2z0rmfEZIrnvRt9gnJkfxHvL31QT-1EBebodzCC8WGKP1wMk\\\_8B--glD-Z210Qzhf3a-dN-LaOH5oLktXGRJMSyNC7p7BMEDBGT\\\_1\\\_0vdXXoR2IBAAA=WKE#\\\_ou dans celui-là : MURAT P., Arbitrage et évolution du droit français de la famille, Droit et patrimoine, n°275, 1<sup>er</sup> décembre 2017, p.31.</a></p>
</div>
<div data-bbox=\\\)\\]\\(https://lamyline-lamy-fr.ezscd.univ-lyon3.fr/Content/Document.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAE3QTU\\_DMAwG4F9DLpNQu63ddsiBbRyQ0IRgcHcTq7UIDiRut\\_573JUDkR4pH69iJz89pvGMV7GQGpIELS6QF4FaRpNHjix-2XPq0Qg02ZZFcbdxk1It1UqtVaVqtVFbtZvsDDjpIRyjs9U0pwHP0NjSxOQx7UdbGikC4RWzXRcmd\\_FygoFaEIq8hzSXJu\\_t6bHQUdb1aluZAVPWgP2gFlnQdNR2z0rmfEZIrnvRt9gnJkfxHvL31QT-1EBebodzCC8WGKP1wMk\\_8B--glD-Z210Qzhf3a-dN-LaOH5oLktXGRJMSyNC7p7BMEDBGT\\_1\\_0vdXXoR2IBAAA=WKE#\\_ou dans celui-là : MURAT P., Arbitrage et évolution du droit français de la famille, Droit et patrimoine, n°275, 1<sup>er</sup> décembre 2017, p.31.</a></p>
</div>
<div data-bbox=\\)\]\(https://lamyline-lamy-fr.ezscd.univ-lyon3.fr/Content/Document.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAE3QTU\_DMAwG4F9DLpNQu63ddsiBbRyQ0IRgcHcTq7UIDiRut\_573JUDkR4pH69iJz89pvGMV7GQGpIELS6QF4FaRpNHjix-2XPq0Qg02ZZFcbdxk1It1UqtVaVqtVFbtZvsDDjpIRyjs9U0pwHP0NjSxOQx7UdbGikC4RWzXRcmd\_FygoFaEIq8hzSXJu\_t6bHQUdb1aluZAVPWgP2gFlnQdNR2z0rmfEZIrnvRt9gnJkfxHvL31QT-1EBebodzCC8WGKP1wMk\_8B--glD-Z210Qzhf3a-dN-LaOH5oLktXGRJMSyNC7p7BMEDBGT\_1\_0vdXXoR2IBAAA=WKE#\_ou dans celui-là : MURAT P., Arbitrage et évolution du droit français de la famille, Droit et patrimoine, n°275, 1<sup>er</sup> décembre 2017, p.31.</a></p>
</div>
<div data-bbox=\)](https://lamyline-lamy-fr.ezscd.univ-lyon3.fr/Content/Document.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAE3QTU_DMAwG4F9DLpNQu63ddsiBbRyQ0IRgcHcTq7UIDiRut_573JUDkR4pH69iJz89pvGMV7GQGpIELS6QF4FaRpNHjix-2XPq0Qg02ZZFcbdxk1It1UqtVaVqtVFbtZvsDDjpIRyjs9U0pwHP0NjSxOQx7UdbGikC4RWzXRcmd_FygoFaEIq8hzSXJu_t6bHQUdb1aluZAVPWgP2gFlnQdNR2z0rmfEZIrnvRt9gnJkfxHvL31QT-1EBebodzCC8WGKP1wMk_8B--glD-Z210Qzhf3a-dN-LaOH5oLktXGRJMSyNC7p7BMEDBGT_1_0vdXXoR2IBAAA=WKE#_ou dans celui-là : MURAT P., Arbitrage et évolution du droit français de la famille, Droit et patrimoine, n°275, 1<sup>er</sup> décembre 2017, p.31.</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

pourrait trouver une source dans la Torah<sup>150</sup>, dans la Bible<sup>151</sup> et dans le Coran<sup>152</sup>.

**118.** « *On assiste à un changement de paradigme. Pour décrire le mouvement en cours, on ne saurait mieux faire que citer un spécialiste de la procédure : « au rebours d'un discours associant les modes alternatifs de règlements des conflits (MARC) à une entreprise de déjudiciarisation, le parti (le pari ?) du droit français est d'articuler les modes judiciaires et modes extrajudiciaires, modes amiables et modes juridictionnels, modes anciens et modes nouveaux, de règlement des conflits. » Pourquoi l'arbitrage ne pourrait-il pas trouver sa place dans un tel paysage de justice familiale ? Il ne s'agit certes pas d'un procédé de règlement amiable des différends – voie qui a tant la faveur en matière familiale – mais on peut évidemment tout de même trouver des avantages à l'arbitrage en matière familiale (compétence particulière de l'arbitre ; discrétion pour certains contentieux patrimoniaux ; peut-être même possibilité de statuer en équité dans certains domaines comme le partage...). (...) A certaines conditions, l'arbitrage pourrait sans doute prendre une place plus grande parmi les modes*

---

<sup>150</sup> Ex. 21,22 « *Si des hommes, en se battant, bousculent une femme enceinte et que celle-ci avorte mais sans autre accident, le coupable paiera l'indemnité imposée par le maître de la femme, il paiera selon la décision des arbitres.* » Cette allusion à l'arbitre précède la loi du talion, Ex. 21, 24-27 : « *œil pour œil, dent pour dent, pied pour pied, / brûlure pour brûlure, meurtrissure pour meurtrissure, plaie pour plaie, / si un homme frappe l'œil de son esclave ou l'œil de sa servante et l'éborgne, il lui rendra la liberté en compensation de son œil / et s'il fait tomber une dent de son esclave ou une dent de sa servante, il lui rendra la liberté en compensation de sa dent.* »

<sup>151</sup> I Samuel 2, 25 : « *si un homme pèche contre un autre homme, Dieu sera l'arbitre, mais si c'est contre le Seigneur qui pèche un homme, qui intercédéra pour lui ? (...)* »

I Samuel 24, 16 : « *Que le Seigneur soit l'arbitre, qu'il juge entre moi et toi, qu'il examine et défende ma cause et qu'il me rende justice en me délivrant de ta main !* »

Job 9, 33 : « *Pas d'arbitre entre nous pour poser la main sur nous deux* »

Psaume 7, 9 « *(Le Seigneur est l'arbitre des peuples). Juge-moi, Seigneur, selon ma justice et mon intégrité.* »

Isaïe 2, 4 : « *Il jugera entre les nations, il sera l'arbitre de peuples nombreux. Ils briseront leurs épées pour en faire des socs et leurs lances pour en faire des serpes. On ne lèvera plus l'épée nation contre nation, on n'apprendra plus à faire la guerre.* »

Michée 4, 3 : « *Il jugera entre des peuples nombreux et sera l'arbitre de nations puissantes. Ils briseront leurs épées pour en faire des socs et leurs lances pour en faire des serpes. On ne lèvera plus l'épée nation contre nation, on n'apprendra plus à faire la guerre.* »

1 Corinthiens 6, 5 : « *Je le dis à votre honte ; ainsi, il n'y a parmi vous aucun homme sage, qui puisse servir d'arbitre entre ses frères !* » Ce passage se poursuit ainsi « *Mais on va en justice frère contre frère, et cela devant des infidèles ! / De toute façon, certes, c'est déjà pour vous une défaite que d'avoir des procès entre vous. Pourquoi ne pas souffrir plutôt l'injustice ? Pourquoi ne pas vous laisser plutôt dépouiller ? / Ne savez-vous pas que les injustes n'hériteront pas du Royaume de Dieu ? Ne vous y trompez pas ! Ni impudiques, ni idolâtres, ni adultères, ni dépravés, ni gens de mœurs infâmes, / ni voleurs, ni cupides, pas plus qu'ivrognes, insulteurs ou rapaces, n'hériteront du Royaume de Dieu. / Et cela, vous l'étiez bien, quelques-uns. Mais vous vous êtes lavés, mais vous avez été sanctifiés, mais vous avez été justifiés par le nom du Seigneur Jésus-Christ et par l'Esprit de notre Dieu. / « Tout m'est permis », mais tout n'est pas profitable. « Tout m'est permis », mais je ne me laisserai, moi, dominer par rien. (...)* »

[http://www.cerbaso.org/textes/bioethique/bible\\_de\\_jerusalem.pdf](http://www.cerbaso.org/textes/bioethique/bible_de_jerusalem.pdf) version consultable au 31 juillet 2019.

<sup>152</sup> Sourate n°4, verset n°35 : « *Si vous craignez le désaccord entre les deux [époux], envoyez alors un arbitre de sa famille à lui, et un arbitre de sa famille à elle. Si les deux veulent la réconciliation, Allah rétablira l'entente entre eux. Allah est certes, Omniscient et Parfaitement Connaisseur.* »

Sourate n°8, verset n°19 : « *Si vous avez exploré l'arbitrage d'Allah vous connaissez maintenant la sentence [d'Allah] Et si vous cessez [la mécréance et l'hostilité contre le Prophète], c'est mieux pour vous. Mais si vous revenez, Nous reviendrons, et votre masse, même nombreuse, ne vous sera d'aucune utilité, car Allah est vraiment avec les croyants.* »

*destinés à rétablir, sinon la paix, du moins des solutions socialement acceptables dans les litiges familiaux.*<sup>153</sup> »

**119. L'émergence de proposition concrète :** En ce sens, lors du 115<sup>ème</sup> congrès des notaires, il a été notamment proposé de : « *permettre de choisir, avant tout conflit, le juge de son divorce : (...) bien que progressivement harmonisées par des accords entre les Etats, les réglementations et les approches des juges divergent. D'un pays à l'autre, les conditions de partage des biens, de la garde des enfants, la détermination de la prestation compensatoire, le maintien du nom d'usage varient. Pour assurer la sécurité juridique des concitoyens résidant à l'étranger, les notaires de France proposent d'inclure dans un acte notarié tel que le contrat de mariage une clause qui définit le juge qui sera compétent en cas de litige comme en cas de séparation.*<sup>154</sup> » Juge ou arbitre ? Il serait possible d'aller plus loin en prévoyant une clause qui définirait le juge compétent pour résoudre les litiges liés à la garde des enfants, au sort du nom patronymique et désigner l'arbitre qui trancherait les conditions de partage des biens, de détermination de la prestation compensatoire.

---

<sup>153</sup> MURAT P., *Arbitrage et évolution du droit français de la famille*, Droit et patrimoine, n°275, 1<sup>er</sup> décembre 2017, p.31.

<sup>154</sup> Propositions et recommandations du 115<sup>ème</sup> congrès des notaires de France, version consultable au 5 juin 2019 : [https://www.congresdesnotaires.fr/media/uploads/2019/documents/propositions-recommandations-115\\_congres-notaires-de-france-14-05-19.pdf](https://www.congresdesnotaires.fr/media/uploads/2019/documents/propositions-recommandations-115_congres-notaires-de-france-14-05-19.pdf).

## Conclusion du Chapitre 1

**120.** Comme pour de nombreuses notions juridiques, définir les contours de l'internationalité et de l'arbitrabilité sont complexes. L'arbitrabilité des litiges familiaux internationaux est une notion dont les contours sont définis par le droit français qui subit de plus en plus d'incursions du droit international, des droits de l'Homme et du droit de l'Union européenne et par le prisme du critère de l'internationalité. Les réformes effectuées en droit interne français influencent directement l'arbitrabilité des litiges familiaux internationaux et opèrent un glissement de l'arbitrage interne à l'arbitrage international.

**121.** Historiquement, en droit romain, pratiquement tous les litiges étaient arbitrables, même au cœur de la matière civile ou pénale, à l'exception des plus graves. Le droit byzantin, réformé par Justinien, n'a pas eu les résultats escomptés en raison d'une pratique parallèle développée par un arbitrage ecclésiastique selon le droit canon. Cet arbitrage libéral a ensuite connu des restrictions. Dès le XVI<sup>ème</sup> siècle, « *l'arbitrage était compris comme servant d'abord à désengorger les juridictions ; les arbitres se recrutaient parmi les avocats. Les parlements assuraient un étroit contrôle de l'institution à partir de l'appel des sentences arbitrales. Cela peut expliquer quand dans leur désir de rénovation les constituants aient développé le mythe de l'arbitrage, élément essentiel d'une justice naturelle.*<sup>155</sup> » L'Histoire est souvent perçue comme cyclique, « *ce qui a été, c'est ce qui sera et ce qui s'est fait, c'est ce qui se fera, il n'y a rien de nouveau sous le soleil.*<sup>156</sup> » Une partie de la doctrine constate et/ou défend un mouvement *in favorem arbitrandum*. Cette idée est corroborée par l'interprétation de certaines réformes actuelles du droit français qui semblent se diriger en faveur d'une ouverture du champ de l'arbitrabilité des litiges familiaux, ce qui aurait une répercussion directe en matière d'arbitrabilité des litiges familiaux internationaux, et seraient susceptibles d'influencer le critère de l'internationalité.

**122.** L'essor de l'arbitrabilité des litiges familiaux internationaux, selon les domaines qui seraient ouverts par le droit français, serait le Phoenix qui renaîtrait de ses cendres eu égard au riche passé historique de l'arbitrage en matière familiale, soit un changement de paradigme qui acterait une révolution des mœurs. La notion d'arbitrabilité implique d'autres critères qui se chevauchent. Il s'avère que les résistances des obstacles traditionnels sont plus présentes

---

<sup>155</sup> HILAIRE J., *L'arbitrage dans la période moderne (XVI<sup>ème</sup> – XVIII<sup>ème</sup> siècle)*, Rev. arb., 2000, n°2, p.187.

<sup>156</sup> Ecclésiaste I, 9.

qu'ils n'y paraissent. « S'agissant de l'arbitrage interne, le Code civil pose un double verrou à son extension au droit de la famille. D'un côté, son article 2059 précise que les personnes ne peuvent compromettre que sur des droits dont elles ont la libre disposition et, de l'autre, son article 2060 exclut du domaine de l'arbitrage les questions d'état et de capacité des personnes ainsi que celles relatives au divorce et à la séparation de corps. L'article 2061, alinéa 2, du Code civil paraît ajouter un troisième verrou propre à la clause compromissoire. Il indique qu'une clause compromissoire ne peut être opposée à une partie qui n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle. L'influence de cette disposition sur des contrats conclus entre deux particuliers (des partenaires, des époux, des héritiers... est délicate à déterminer : chacun d'eux peut-il invoquer l'inopposabilité de la clause compromissoire ou, au contraire, l'équilibre des parties étant acquis, l'inopposabilité ne pourrait-elle pas être excipée par chacun d'eux ? Une réponse ministérielle a retenu la seconde analyse en indiquant qu'entre deux non-professionnels : « le second alinéa de l'article 2061 n'est (...) pas applicable ; les parties sont liées par la clause qu'elles ont acceptée ». A suivre cette analyse en matière familiale l'opposabilité de la clause compromissoire serait acquise ; en revanche, sa licéité suppose des litiges qui, non seulement ne concernent pas l'état des personnes et la désunion, mais encore intéressent des droits susceptibles d'être qualifiés de disponibles.<sup>157</sup> »

**123.** Ce double verrou du droit interne nous permet de mieux l'appréhender. La compréhension de l'arbitrage interne permet celle de l'arbitrage international et ainsi de glisser de l'un à l'autre. Le passage de l'arbitrage interne à l'arbitrage international s'effectue également par la prise de conscience de leurs divergences et de l'importance de les distinguer (Chapitre 2).

---

<sup>157</sup> FARGE M., *L'arbitrage et le contentieux familial international : deux mondes qui pourraient se rapprocher ?*, in Mélanges offerts à Geneviève PIGNARRE, un droit en perpétuel mouvement, LGDJ, 2018, p. 326.

## CHAPITRE 2 - DE LA DISTINCTION ENTRE L'ARBITRAGE INTERNE ET L'ARBITRAGE INTERNATIONAL

124. « *Si tu veux être international, chante ton pays* » d'après BEETHOVEN. Cette réflexion illustre l'ambiguïté qui peut exister entre ce qui relève du droit interne et du droit international. Dans certains Etats, la frontière est inexistante, dans certaines hypothèses, elle est ténue. Cette distinction, aussi difficile puisse-t-elle être à définir n'en demeure pas moins capitale. Elle a vocation à déterminer les règles de droit applicables. Est-ce cette convention internationale ou cette norme nationale qui s'applique ? Bien évidemment, les critères utilisés pour déterminer l'internationalité de l'arbitrage divergent. L'emprise des volontés individuelles et les libres négociations en droit français sont tellement étendues qu'il est possible de s'interroger et de rechercher quel pan du droit de la famille échappera à la notion de disponibilité. Ce sentiment en droit français est corroboré par l'internationalisation des familles. Les familles ont de plus en plus l'habitude de jongler avec différentes juridictions, législations, et sont à l'affût de la solution la plus heureuse pour elles. Cette pratique est favorisée par les développements récents du droit international privé qui instituent de nouvelles règles de conflits de juridictions ou de lois et contribuent à la prise en compte de la volonté des parties en retenant en priorité la notion de résidence habituelle et ensuite en instituant des *optio juris*. Il est même possible de constater que la reconnaissance de la situation existante est de plus en plus souvent prise en considération. A cet effet, les codifications modernes du droit international privé de certains pays<sup>158</sup> instituent des exceptions de prévisibilité qui ont pour objectif de retenir la loi

---

<sup>158</sup> Article 8 du livre 10 du Code civil des Pays-Bas : « 1. *The law that is designated by a legal provision that is based on a presumed close connection with that law will be exceptionally inapplicable if, given all circumstances, the presumed connection is hardly existent and a much closer connection exists to another law. In such a case, the other law will be applied.* / 2. *The provision of paragraph (1) do not apply in case of a valid professio juris between the parties* » / Article 15 de la loi Suisse de 1987, l'article 3082 du Code civil du Québec de 1994, l'article 8 de la loi coréenne de 2001 (law amending the conflict of laws act of the republic korea L. n°6465, 7 avr. 2001,

de droit international privé que les parties pensaient être applicables pour ne pas compromettre la prévisibilité de leur situation qu'ils avaient organisée. La subjectivisation de la résolution des conflits de juridictions et de lois est à prendre en considération en matière internationale comme la perte de vitesse de l'opposition entre les notions de disponibilité et d'indisponibilité : « *plutôt que de s'épuiser à essayer de définir ce qui est disponible et ce qui serait indisponible, peut-être conviendrait-il de prendre acte d'un changement de paradigme : désormais, dans les situations internationales du moins, nous sommes passés d'un système reposant sur l'opposition disponibilité/indisponibilité à un système de disponibilité potentielle généralisée.* <sup>159</sup> » Aussi, il est important de savoir quel est le type d'arbitrage qui concerne les parties.

**125.** La présentation des critères de l'internationalité (section I) a pour objectif de comprendre ce qui relève de l'arbitrage interne ou de l'arbitrage international. Il ne faut pas omettre néanmoins qu'une règle applicable à l'arbitrage interne est techniquement transposable à l'arbitrage international et inversement. Ce qui ne laisse pas les différentes législations étatiques indifférentes et cela n'est pas sans enjeux (section II).

## **Section I - Présentation des critères de l'internationalité en jeu**

**126.** *Être ou ne pas être*<sup>160</sup> en présence des critères de l'internationalité, telle est la question. Une question ni rhétorique ni anodine eu égard aux enjeux en jeu. En fonction de la réponse, la loi applicable sera différente, ce qui est susceptible, selon les *fors* en présence, d'aboutir à des résultats distincts. En fonction des situations, une certaine méfiance peut être manifestée par l'une des parties qui suspecterait l'impartialité du tribunal étatique compétent qui serait de la même nationalité que l'autre partie, alors, dans cette hypothèse, s'il s'avère que

---

mise en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2001, traduction non officielle par K. H. Suk, Yearbook Priv. Intl L., p.99-141 (2003)), l'article 9 du Code belge de droit international privé de 2004.

<sup>159</sup> Note de bas de page n°11 Club des juristes, rapport « arbitrage en ligne », 3 avril 2019, Lamy contrats internationaux, n°272-14, Lamyline

[https://lamyline-lamy-fr.ezscd.univ-lyon3.fr/Content/Document.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAE3QTU\\_DMAwG4F9DLpNQu63ddsiBbRyQ0IRgcHcTq7UIDiRut\\_573JUDkR4pH69iJz89pvGMV7GQGpIELS6QF4FaRpNHjix-2XPq0Og02ZZFcbdxk1It1UqtVaVqtVFbtZvsDDjpIRyjs9U0pwHP0NjSxOQx7UdbGikC4RWzXRcmd\\_FygoFaEIq8hzSXJu\\_t6bHQUdb1aluZAVPWgP2gFlnQdNR2z0rmfEZIrnvRt9gnJkfxHvL31QT-1EbebodzcCC8WGKP1wMk\\_8B--glD-Z210Qzhf3a-dN-LaOH5oLktXGRJMSyNC7p7BMEDBGT\\_1\\_0vdXXoR2IBAAA=WKE#](https://lamyline-lamy-fr.ezscd.univ-lyon3.fr/Content/Document.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAE3QTU_DMAwG4F9DLpNQu63ddsiBbRyQ0IRgcHcTq7UIDiRut_573JUDkR4pH69iJz89pvGMV7GQGpIELS6QF4FaRpNHjix-2XPq0Og02ZZFcbdxk1It1UqtVaVqtVFbtZvsDDjpIRyjs9U0pwHP0NjSxOQx7UdbGikC4RWzXRcmd_FygoFaEIq8hzSXJu_t6bHQUdb1aluZAVPWgP2gFlnQdNR2z0rmfEZIrnvRt9gnJkfxHvL31QT-1EbebodzcCC8WGKP1wMk_8B--glD-Z210Qzhf3a-dN-LaOH5oLktXGRJMSyNC7p7BMEDBGT_1_0vdXXoR2IBAAA=WKE#)

<sup>160</sup> SHAKESPEARE W., *Hamlet*, acte 3, scène 1, « (...) *to be or not to be, that is the question* (...) ».

le litige est international, les parties pourraient apprécier un arbitrage dans un Etat tiers qui appliquerait les conventions internationales.

**127.** En outre, la question de l'internationalité n'est pas aussi simple qu'il n'y paraît de prime abord. Les éléments habituels d'extranéité ne sont pas des vecteurs certains vers l'internationalité du litige.

**128.** La définition des critères de l'internationalité (§1) n'est pas limpide pour déterminer aisément si le litige relève de l'arbitrage interne ou international (§2).

**129.** « *L'essentiel est qu'au-dessus des droits positifs des Etats nationaux s'élève un droit supérieur, généralement valable, qui permet de trancher par des arbitrages des questions d'intérêts contestés.*<sup>161</sup> » Si la grandeur de la justice internationale qui se détache de tout ordre juridique émerveille les idéalistes assoiffés de justice, il ne faut pas omettre qu'elle conserve nécessairement des liens avec les ordres juridiques étatiques. Si cette grandeur soulève la question de la place de l'arbitrage familial international autonome, supra-étatique, qui aurait son existence propre indépendamment de toutes les justices étatiques, s'interroger sur l'internationalité, ce n'est pas se passionner pour un arbitrage transnational. Un arbitrage transnational ne peut pas être créé *ex nihilo*. Fondamentalement, l'arbitrage international en matière familiale ne diffère pas intrinsèquement de l'arbitrage interne en matière familiale. Aussi, le propos ne concernera pas l'arbitrage transnational en matière familiale mais l'arbitrage international en matière familiale. S'interroger sur l'internationalité, c'est d'un point de vue très pragmatique se demander si telle ou telle convention internationale sera applicable au litige. Question fondamentale. A cet effet, il faut distinguer ce qui relève de l'arbitrage interne et ce qui relève de l'arbitrage international. La réponse n'est pas si aisée. En droit français, la frontière pour qualifier un arbitrage d'interne ou d'international peut être tenue. Mais la difficulté peut aussi résulter d'une divergence de qualification entre deux fors : pour l'un l'arbitrage serait qualifié d'arbitrage interne, pour l'autre d'un arbitrage international. Chaque for a ses critères de qualification. La qualification s'effectue *lege fori*. Chaque famille peut ainsi être confrontée à une insécurité juridique susceptible de fragiliser sa situation. Chaque membre de la famille peut avoir de vifs intérêts à ce que l'arbitrage soit international ou non. Bien évidemment, l'intérêt de l'un divergera probablement de l'intérêt de l'autre, aussi, juridiquement qu'est-ce qui fonde l'internationalité de l'arbitrage ?

---

<sup>161</sup> MANN Th., *La montagne magique*, éd. Fayard, 1977, tome 2, chapitre VI, p.58.



## § 1. Définition textuelle et jurisprudentielle

**130. Définition du Code de procédure civile français :** « *Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international* », formulation péremptoire de l'article 1504 du Code de procédure civile français. Préalablement énoncée par le décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, cette rédaction correspond mot pour mot à la définition qui était donnée par l'ancien article 1492 du Code de procédure civile, qui résultait du décret du 12 mai 1981 instituant les dispositions des livres III et IV du nouveau code de procédure civile et modifiant certaines dispositions de ce code publiées au Journal officiel le 14 mai 1981.

**131. Interprétation extensive de la jurisprudence :** Cette définition implique que par défaut l'arbitrage est interne. Or, la jurisprudence a donné une interprétation large de ce texte. Comme la définition légale n'a pas été modifiée, le travail effectué par la jurisprudence au fil du temps pour affiner la notion conserve toute sa pertinence. Ainsi, il faut savoir que l'internationalité impose un transfert de biens, de services ou de fonds à travers les frontières : « *le caractère international de l'arbitrage doit être déterminé en fonction de la réalité économique du processus à l'occasion duquel il est mis en œuvre : à cet égard, il suffit que l'opération économique réalise un transfert de biens, de services ou de fonds à travers les frontières, la nationalité des parties, la loi applicable au contrat ou à l'arbitrage, ainsi que le lieu de l'arbitrage étant en revanche inopérants.*<sup>162</sup> » Les éléments traditionnels d'extranéité comme la nationalité, le lieu de situation, les lois applicables, sont relégués aux oubliettes, alors qu'ils justifient habituellement et indiscutablement la mise en œuvre du raisonnement de droit international privé. La spécificité de cette notion d'internationalité ne s'arrête pas là. L'internationalité est liée au critère de commercialité tel qu'il est défini par le droit international français. « *En matière d'arbitrage international, la notion de commercialité ne se confond pas avec celle d'acte de commerce au sens étroit et technique des droits internes.*<sup>163</sup> »

**132.** Ainsi, pour savoir si un arbitrage est international ou non, au regard du droit français, il ne faut pas se référer à la notion d'acte de commerce, il ne faut pas prendre en compte les éléments classiques d'extranéité mais se référer à la définition internationale de

---

<sup>162</sup> CA PARIS, 14 mars 1989, Rev. arb. 1991, p.355, obs. MOITRY et VERGNE ; RTD com. 1991, p.579, obs. J.-C. DUBARRY et E. LOQUIN..

<sup>163</sup> CA de PARIS, 13 juin 1996, Rev. arb. 1997.251, note GAILLARD E., JDI 1997.151, note LOQUIN E..

commercialité et se concentrer exclusivement sur l'opération économique, sur le transfert de biens, de services, de fonds, à travers des frontières, tracer les flux et les reflux par-dessus les frontières. A défaut, la notion d'internationalité serait biaisée.

**133. Evolution chronologique de la jurisprudence :** Dans la continuité, plusieurs arrêts de la Cour de cassation aident à cerner la notion d'internationalité. Chronologiquement, il en résulte notamment que « *l'arbitrage fait appel à une définition économique selon laquelle il suffit que le litige soumis à l'arbitre porte sur une opération qui ne se dénoue pas économiquement dans un seul Etat*<sup>164</sup> ». L'internationalité est intimement liée à l'économie, à la commercialité, au transfert de biens et de fonds entre deux Etats.

**134.** « *Le caractère international d'une opération économique se déduit du fait qu'une convention d'ouverture de compte a eu pour effet un transfert de fonds entre la France et les Etats-Unis, peu important, dans ces conditions, que l'une des parties ne fût pas commerçante.*<sup>165</sup> » Une fois encore, il faut se référer à la notion de commercialité au sens du droit international français, et ce, quelle que soit la volonté des parties.

**135.** La qualification subjective de l'internationalité qui accorderait une place prédominante à la volonté des parties est clairement exclue : « *la qualification, interne ou internationale, d'un arbitrage déterminé en fonction de la nature des relations économiques à l'origine du litige, ne dépend pas de la volonté des parties, et fixe le régime des voies de recours ; la Cour d'appel, ayant analysé les éléments, territoire et redevances du contrat de concession de licence de marques, a exactement qualifié l'arbitrage international.*<sup>166</sup> »

**136.** La Cour de cassation n'hésite pas à rappeler les solutions précédemment dégagées et marteler avec insistance que la nationalité, la loi applicable, le lieu de situation de l'instance sont indifférents au critère de l'internationalité. « *L'internationalité de l'arbitrage fait exclusivement appel à une définition entièrement économique selon laquelle il suffit que le litige soumis à l'arbitre porte sur une opération qui ne se dénoue pas économiquement dans un seul Etat, et ce, indépendamment de la qualité ou de la nationalité des parties, de la loi*

---

<sup>164</sup> CA de PARIS, 29 mars 2001, *Carthago Films contre Babel Productions*, Rev. arb. 2001, p.541, note BENSUAUDE D., RTD com. 2001.649, obs. LOQUIN E. et CA PARIS, 11 avril 2002, Rev. arb. 2002, p.781.

<sup>165</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 30 mars 2004, n°02-12.259 P : D. 2004. 2458, note Najjar ; *ibid.* 2005. Pan. 3053, obs. Clay ; RTD com. 2004.447 obs. Loquin ; Rev. arb. 2005. 115, note Boucobza ; JCP E 2005. 676, obs. Seraglini, RJDA 12/04 n°1406.

<sup>166</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 13 mars 2007, n°04-10.970 P : D. 2007. AJ 949, obs. Delpech, *ibid.* 2008. Pan. 183, obs. Clay ; JCP 2007. Actu. 135, obs. Ortscheidt ; LPA 26 sept. 2007, p.9, note Ben-Reguiga ; Rev. arb. 2007.500, note Jaeger ; Rev. Crit. DIP 2007.455, note Bureau, RJDA 3/08, n°346.

*applicable au fond ou à l'arbitrage, ou encore du siège du tribunal arbitral.*<sup>167</sup> »

**137. Le célèbre arrêt INSERM** rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation, le 26 janvier 2011, rappelle très clairement la définition de l'internationalité : « *selon l'article 1492 du Code de procédure civile [actuellement l'article 1504 du Code de procédure civile], est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international, que l'internationalité de l'arbitrage fait appel à une définition économique selon laquelle il suffit que le litige soumis à l'arbitre porte sur une opération qui ne se dénoue pas économiquement dans un seul Etat, et ce, indépendamment de la qualité ou de la nationalité des parties, de la loi applicable au fond ou à l'arbitrage, ou encore du siège du tribunal arbitral, la Cour d'appel retient que l'objet du protocole d'accord était de mettre en commun les efforts de l'INSERM et de la fondation « pour favoriser la réalisation d'un projet de construction d'un pôle de recherche en neurobiologie et la formation de cliniciens et de chercheurs dans ce domaine » avec un financement pour la plus grande partie par la fondation norvégienne au-delà des frontières ; que par ce seul motif, elle a exactement décidé que l'arbitrage était international*<sup>168</sup> » Ainsi, de manière constante, peu importe la volonté des parties, les éléments d'extranéité en présence comme la nationalité des parties, le lieu d'établissement des parties, la loi applicable au contrat ou à l'arbitrage ; seule la nature économique du litige est retenue à titre exclusif. En outre, la Cour de cassation a encore pu juger de l'importance de la nature des relations économiques : « *il n'appartient pas aux parties de modifier le régime interne ou international de l'arbitrage, dont la qualification est déterminée en fonction de la nature des relations économiques à l'origine du litige.*<sup>169</sup> » L'internationalité ne dépend pas de la volonté mais elle est déterminée à un moment donné.

**138. Le temps de l'internationalité, l'arrêt Adidas**<sup>170</sup> : La Cour de cassation a précisé aux termes de cet arrêt le moment où il faut se placer pour apprécier le caractère international de l'arbitrage. L'internationalité est prise en considération au moment où les

---

<sup>167</sup> CA de PARIS, 10 mai 2007, Rev. arb. 2007. 825, note Chantebout.

<sup>168</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 26 janvier 2011, arrêt INSERM, pourvoi n°09-10.198, Bull., civ. 2011, I, n°15, RJDA 7/11 n°663, par suite, caractérise un arbitrage international, la cour d'appel qui relève que "le protocole d'accord" comportant une clause compromissoire conclue entre un établissement public à caractère scientifique et une fondation de droit privé norvégien avait pour objet de favoriser la réalisation d'un projet de construction en France d'un pôle de recherche en neurobiologie, qui était financé en majeure partie par la fondation, ce qui impliquait des mouvements de fonds de la fondation norvégienne au-delà des frontières.

<sup>169</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 20 novembre 2013, n°12-25.266 P : D. 2013.2785, obs. Delpech ; RTD civ. 2014. 107, obs. Barbier ; JCP 2014.57, note Le Bars ; *ibid.* 256, n°10, obs Nourissat ; *ibid.* E 2014. 1075, obs. Seraglini ; *ibid.* 1076, note Le Bars ; Gaz. Pal. 8 mars 2014, p.2013, note Bensaude ; *ibid.* 11 mars 2014, p.34, note Nioche ; RLDA avr.2014, n°5075, obs. Mestre et Mestre-Chami ; Procédure 2014, n°49, note Weiller, RJDA 3/14 n°287.

<sup>170</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 30 juin 2016, affaire Adidas, n°15-13.755 (n°932 FS-PBI), Société Groupe Bernard Tapie contre Société CDR créances.

parties décident de faire trancher leur litige par un arbitre. Aussi, dans l'hypothèse où l'élément d'extranéité viendrait à disparaître à ce moment-là alors l'arbitrage serait considéré comme interne. Cette situation pourrait par exemple subvenir en cas d'enlèvement international si le parent qui a déplacé l'enfant revient dans le pays initial sans toutefois le restituer au parent qui devrait normalement accueillir l'enfant. Le moment où les parties décident de faire trancher leur litige par un arbitre impactera la qualification entre arbitrage interne ou international, ce qui rendra ce moment encore plus crucial.

**139.** Accumulation, répétition, paraphrase, ces figures de style se dégagent de l'ensemble des décisions rendues par la jurisprudence pour approfondir la notion de l'internationalité de l'arbitrage et convaincre de sa spécificité. Ne pas retenir les éléments d'extranéité, fondement de la mise en œuvre du raisonnement de droit international privé, est troublant en pratique. En effet, un arbitrage dans un état tiers, entre des parties de nationalités différentes, qui ne résident pas dans la même contrée, est susceptible d'être qualifié d'arbitrage interne – si besoin de droit interne étranger, mais pas de droit international. Inversement, l'arbitre devra être vigilant dans le cadre d'un arbitrage entre deux parties de même nationalité, qui résident dans le même pays, mais qui ont un différend sur des flux transfrontaliers<sup>171</sup> de biens, services, devises, etc., comme cela pourrait être l'exemple d'une famille où tous les membres ont la même nationalité, ils résident tous dans le même pays, mais ils se déchirent sur le sort des investissements financiers effectués dans un paradis fiscal : il ne faudrait pas se méprendre sur l'internationalité de ce litige. A fortiori, lorsque certains critères viennent brouiller les pistes, la frontière entre l'arbitrage interne et international est ténue (§2).

## **§ 2. Une frontière ténue entre arbitrage interne et international**

**140. Une dualité fondée sur un critère matériel objectif économique :** Le régime dualiste français fondé sur le critère économique, et non territorial comme dans certains États, notamment la Suisse, implique une visée universelle. Les règles de l'arbitrage international se déterminent et s'appliquent indépendamment du siège de ce dernier. Ce critère matériel, exclusivement économique, peu habituel en matière internationale où la nationalité des parties,

---

<sup>171</sup> CA PARIS, 18 janvier 1983, Rev. arb. 1983, p.87, note Mayer P.. : « ainsi un arbitrage siégeant en France opposant deux parties de même nationalité française établies en France pourra être un arbitrage international dès l'instant que l'opération litigieuse met en jeu les intérêts du commerce international, c'est-à-dire crée un flux transfrontalier de biens, de services ou de devises ».

le lieu du siège, semblaient être des critères plus naturels, et peut-être plus précis, présente l'avantage de la souplesse. Le caractère international repose sur un critère objectif. Cette dualité se matérialise par des corpus normatifs distincts, corroboré par la volonté de créer un modèle propre à l'arbitrage international activement façonné par la jurisprudence. Il s'avère que la jurisprudence française a souvent adopté des positions pionnières *in favorem validitatis* qui ont ouvertes de nouvelles perspectives à l'arbitrage en matière internationale.

**141.** Toutefois, les solutions qui existent ne sont pas, en pratique, aussi hermétiques que les corpus normatifs ne les laissent percevoir de prime abord. La frontière entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international n'est pas toujours aisée à délimiter, non seulement en raison des règles transversales applicables indifféremment à l'arbitrage interne et à l'arbitrage international mais aussi, au regard des « infiltrations » des règles de l'arbitrage international à l'arbitrage interne et inversement.

**142. Le développement des règles matérielles de l'arbitrage international et les répercussions sur l'arbitrage interne : illustration au regard de l'ordre public :** La méthode matérielle a notamment permis de reconnaître le pouvoir des arbitres à sanctionner une violation d'ordre public. Ce principe dégagé par la jurisprudence de la Cour de cassation en matière internationale (arrêts *Galakis*, *Gosset*, *Dalico*), a été repris en matière interne. Ainsi, même en présence d'un point qui concerne l'ordre public, l'arbitre est compétent, sous réserve d'un contrôle *a posteriori* par le juge national. Il en résulte notamment deux interrogations. D'une part, quel est le degré du contrôle effectif de l'arbitrabilité du litige international ? Quelle est l'influence de l'internationalisation de l'arbitrage sur le concept d'arbitrabilité ?

**143. L'internationalisation de l'arbitrage : influence sur le concept de l'arbitrabilité :** Si « *le recours à la notion d'ordre public n'est plus un critère de distinction entre ce qui est arbitrable et ce qui ne l'est pas. Il faut se concentrer uniquement sur la notion de disponibilité des droits*<sup>172</sup> », il n'en demeure pas moins que le rapport entre l'ordre public et l'arbitrage est certain. Certain, mais aussi paradoxal et privilégié. Paradoxal, puisqu'il limite la liberté contractuelle des parties et favorise leur volonté. Si l'ordre public instaure des limites, il est aussi un protecteur, il veille notamment sur l'autonomie des parties et sur le contrat. Privilégié, puisque l'une des particularités de l'ordre public, dans sa mission protectrice, est d'être plus fort lorsque les liens avec le *for* sont plus étroits. Les règles de droit interne sont traditionnellement plus strictes que les règles applicables en matière internationale. L'ordre public en matière interne se distingue de l'ordre public en matière internationale. L'arbitrage

---

<sup>172</sup> DEPONDT A., *Création d'une chambre d'arbitrage et de conciliation spécialisée en droit de la famille*, La semaine juridique, édition générale, n°15, 13 avril 2015, Libres propos n°429, p.705.

international est considéré comme plus libéral, donc le contrôle de l'ordre public semble moins intense. Arbitrabilité et internationalité se chevauchent ou, dans certains ordres juridiques dits monistes, se confondent. Le droit français a opté pour un système dit dualiste et distingue des critères applicables à l'arbitrage interne, traditionnellement plus stricts même si des évolutions semblent émerger, et des règles applicables à l'arbitrage international. L'ordre public est qualifié comme un des obstacles traditionnels à l'arbitrabilité des litiges. Mais l'ordre public lui-même ne prévoit pas les mêmes règles selon son champ d'application, interne ou international.

**144.** Cette infiltration du droit international privé dans le droit interne par l'exemple de l'ordre public n'est pas la seule. La définition n'est pas aisée et cela n'est pas sans enjeux pour les critères de l'internationalité qu'il convient de présenter (Section II).

## **Section II - Les enjeux des critères de l'internationalité**

**145.** Les enjeux de l'internationalité sont importants au regard de la matière familiale (§1) et de l'arbitrabilité de celle-ci (§2).

### **§ 1. Les enjeux de l'internationalité au regard de la matière familiale**

**146.** Comme le litige sera ou non arbitrable selon qu'il relève d'un droit interne ou de la matière internationale, les enjeux pour la famille, la matière familiale peuvent s'avérer considérables. Les critères français de l'internationalité sont tellement fondés sur l'économie qu'ils sont difficilement transposables à la matière familiale (A), ce qui n'est pas le cas dans d'autres pays (B).

#### **A. Les critères français de l'internationalité difficilement transposables à la matière familiale**

**147. L'article 1504 du Code de procédure civile :** L'article 1504 du Code de procédure civile dispose : « *est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international.* » Cette définition légale met en exergue le critère économique du litige.

**148. Définition des intérêts économiques du commerce international :** Les intérêts économiques du commerce international impliquent « *un mouvement de biens, de services ou un paiement à travers les frontières*<sup>173</sup> ». « *Le contrat doit produire comme un mouvement de flux et de reflux au-dessus des frontières, des conséquences réciproques dans un pays et dans un autre.*<sup>174</sup> »

**149.** La notion d'internationalité du litige est utilisée pour distinguer l'arbitrage

---

<sup>173</sup> CA de PARIS, 13 juin 1996, Rev. arb. 1997.251, note GAILLARD E., JDI 1997.151, note LOQUIN E. p.110.

<sup>174</sup> Cass., civ., 19 février 1930 et 27 janvier 1931 : rev. crit. DIP 1931, p.514, arrêt *Matter* et aussi Cass., civ., 17 mai 1927, Bull. civ., 1927, n°77 ; DP 1928, I, 25, note CAPITANT H.

interne et l'arbitrage international. Cette distinction se fonde sur la nature économique du litige soumis à l'arbitrage. Est-ce que la nature économique du litige correspond à la commercialité de l'arbitrage ? Qu'est-ce que la commercialité de l'arbitrage ? Cette notion de commercialité de l'arbitrage est abordée différemment en droit interne et en droit international.

**150. L'approche de la commercialité par les Conventions internationales :** En droit international, la commercialité de l'arbitrage fait référence à tout arbitrage international qui oppose des entreprises sur un litige à caractère économique. Chronologiquement, ce caractère économique est appréhendé par la Convention de New York, la Convention de Genève et la loi-type de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI).

**151. Convention de New York de 1958 :** La Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 10 juin 1958 signée par la France le 25 novembre 1958, ratifiée le 26 juin 1959 et entrée en vigueur le 24 septembre 1959 dispose en son article premier, paragraphe troisième qu'« *au moment de signer ou de ratifier la présente Convention, d'y adhérer ou de faire notification d'extension prévue à l'article X, tout Etat pourra, sur la base de la réciprocité, déclarer qu'il appliquera la Convention à la reconnaissance et à l'exécution des seules sentences rendues sur le territoire d'un autre Etat contractant. Il pourra également déclarer qu'il appliquera la Convention uniquement aux différends issus de rapports de droit, contractuels ou non contractuels, qui sont considérés comme commerciaux par sa loi nationale.* » Sans réserve étatique au moment de la signature de la Convention, les définitions nationales de la commercialité ne sont pas maintenues. Par conséquent, sans distinction, cette Convention s'applique de manière générale à toute sentence arbitrale, commerciale ou non. La France a émis une seule réserve, celle relative à la réciprocité. Aussi, la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales ne s'effectueront qu'à l'égard de celles qui seront prononcées sur le territoire d'un autre Etat contractant et la définition interne de la commercialité de l'arbitrage n'aura pas vocation à s'appliquer à défaut d'avoir émis une réserve en ce sens<sup>175</sup>. Il sera dès lors possible de reconnaître et d'exécuter une sentence arbitrale qui a un caractère civil ou commercial.

**152. Convention de Genève de 1961 :** La Convention de Genève du 21 avril 1961, entrée en vigueur en France le 17 mars 1968, s'applique, d'après son champ d'application déterminé à l'article un : « (...) *aux conventions d'arbitrage conclues, pour le règlement de*

---

<sup>175</sup> Elle n'a pas non plus formulé une réserve relative à l'application de la Convention aux différends qui concernent des biens immobiliers comme l'ont notamment fait le Tadjikistan et la Norvège.



*litiges nés ou à naître d'opérations de commerce international, entre personnes physiques ou morales ayant, au moment de la conclusion de la convention, leur résidence habituelle ou leur siège dans des Etats contractants différents (...) ».* Il est ainsi fait référence au commerce international, soit toute sorte d'échanges économiques qui fluctuent par-delà les frontières, et non à des actes de commerce.

**153. La loi type de la CNUDCI de 1985 modifiée en 2006 :** La loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international adoptée le 11 décembre 1985 et modifiée le 4 décembre 2006 définit à l'article premier, paragraphe 3 l'internationalité d'un litige et en deuxième note de bas de page la commercialité de celui-ci. Ainsi, en matière d'internationalité : « (...) *un arbitrage est international si : a) Les parties à une convention d'arbitrage ont, au moment de la conclusion de ladite convention, leur établissement dans des Etats différents ; ou b) Un des lieux ci-après est situé hors de l'Etat dans lequel les parties ont leur établissement : i) Le lieu de l'arbitrage, s'il est stipulé dans la convention d'arbitrage ou déterminé en vertu de cette convention ; ii) tout lieu où doit être exécutée une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale ou le lieu avec lequel l'objet du différend a le lien le plus étroit ; c) Les parties sont convenues expressément que l'objet de la convention d'arbitrage a des liens avec plus d'un pays.(...) ».* Pour la commercialité : « *le terme « commercial » devrait être interprété au sens large, afin de désigner les questions issues de toute relation de caractère commercial, contractuelle ou non contractuelle. Les relations de nature commerciale comprennent, sans y être limitées, les transactions suivantes : toute transaction commerciale ; affacturage ; crédit-bail ; construction d'usines ; services consultatifs ; ingénierie ; licences ; investissements ; financement ; transactions bancaires ; assurance ; accords d'exploitation ou concessions ; coentreprises et autres formes de coopération industrielle ou commerciale ; transport de marchandises ou de passagers par voie aérienne, maritime, ferroviaire ou routière. »*

**154. L'approche de la commercialité par la jurisprudence française :** Dans cette perspective, la Cour de cassation, pour définir le droit international français applicable à la commercialité du litige, a retenu une notion élargie de celle-ci et ne s'est pas limitée à la conception restrictive du droit interne français<sup>176</sup>. La Cour d'appel de Paris a également indiqué

---

<sup>176</sup> En ce sens, voir : Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 4 juillet 1972, n°70-14163, arrêt *Hecht contre Société Buisman's*, Bull.civ. I, n°175, p.154, JDI Clunet 1972, p.843, note OPPETIT B., Rev. crit. DIP 1974, p.82, note LEVEL P., Rev. arb. 1974, p.89, RTD com. 1973.499, obs. LOUSSOUAM Y., JurisData n°1972-000175, et article FRANCESKAKIS Ph., *ibid.*, p.67 : « *ayant relevé le caractère international l'accord compromissoire présente une complète autonomie, l'arrêt attaqué en a justement déduit que la clause litigieuse devait en l'espèce recevoir application ».* La clause compromissoire insérée dans un contrat international doit donc recevoir application et ce, quand bien même elle serait prohibée par la loi française ; Cass., civ 1<sup>ère</sup>, 20 Décembre 1993, n°91-16.828, *Comité populaire*

qu' « en matière internationale, la notion de commercialité ne se confond pas avec celle d'acte de commerce au sens étroit et technique des droits internes et que doit être considéré comme commercial tout arbitrage international portant sur un litige né à l'occasion d'une opération économique internationale et mettant en cause, dans cette mesure, les intérêts du commerce international<sup>177</sup> ». En droit français, l'arbitrage commercial concernait initialement un litige qui a pour objet un acte de commerce et englobe désormais les litiges entre professionnels<sup>178</sup>. D'une distinction arbitrage commercial *versus* arbitrage civil, un glissement s'est peu à peu effectué vers une dichotomie entre arbitrage qui porte sur des litiges non professionnels *versus* arbitrage qui relève des litiges professionnels. Ce changement permet par exemple à une société civile qui agirait dans le cadre de son objet social d'inclure une clause compromissoire dans ses statuts et/ou dans les contrats qu'elle souscrit. Ainsi, dans le cadre d'une société familiale, les mésententes entre associés, membres de la même famille, sont susceptibles d'être arbitrées.

**155.** Néanmoins, cette approche du droit français n'est pas celle retenue en droit international privé français. La Cour de cassation a édicté comme règle matérielle de l'arbitrage commercial international, la validité de la clause compromissoire indépendamment de son caractère commercial, professionnel, ou civil<sup>179</sup>. Il résulte que la notion de commercialité en matière internationale fait référence à tous les échanges de biens, de services ou de valeurs, soit par conséquent à la production, la transformation et la circulation de marchandises, de prestations de services, des activités financières et bancaires, mais il englobe aussi l'arbitrage des contrats internationaux de la consommation, des litiges internationaux du travail, les arbitrages sportifs, etc., et ce, quelle que soit la qualité des parties, même si le consommateur et le salarié peuvent cependant bénéficier d'un statut particulier.

---

*de la municipalité de Khoms El Mergeb contre Dalico Contractors*, Bull. 1993, I, n°372, p.258, JDI 1994, p.432, note GAILLARD E., Rev. arb. 1994.116, note GAUDEMET-TALLON H., Rev. crit. DIP 1994.663, note MAYER P., JDI 1994.690, note LOQUIN E..

<sup>177</sup> CA PARIS, 13 juin 1996, JDI 1997, p.151, note LOQUIN E.

<sup>178</sup> Evolution à la suite de la loi du 15 mai 2001, n°2001-420 relative aux nouvelles régulations économiques, qui énonce en son article 126 une nouvelle rédaction de l'article 2061 du Code civil, à savoir : « sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle. » Antérieurement, la rédaction était la suivante « la clause compromissoire est nulle s'il n'est disposé autrement par la loi. » La rédaction actuelle depuis la loi du 18 novembre 2016, n°2016-1547 de modernisation de la justice du XXIème siècle dispose 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. / Lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée. »

<sup>179</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 4 juillet 1972, n°70-14163, arrêt *Hecht contre Société Buisman's*, Bull.civ. I, n°175, p.154, JDI Clunet 1972, p.843, note OPPETIT B., Rev. crit. DIP 1974, p.82, note LEVEL P., Rev. arb. 1974, p.89, RTD com. 1973.499, obs. LOUSSOUAM Y., JurisData n°1972-000175, JDI 1972, p.843, note OPPETIT B., Cass. civ.1<sup>ère</sup>, 20 déc.1993, JurisData n°1993-002549 ; JDI 19994, p.432, note E. Gaillard, CA PARIS 13 décembre 1975, JurisData n°1975-645164, Rev. crit. DIP 1976, note OPPETIT B., JDI 1977, p.106, note LOQUIN E., Rev. arb. 1977.147, note FOUCHARD Ph., CA PARIS, 9 décembre 1984, JDI 1986, p.1039, note LOQUIN E..

**156.** Il est intéressant de souligner que la commercialité induit en pratique les répercussions financières. Dès lors que des répercussions financières existent, il s'agit d'une question patrimoniale, qui justifie la commercialité internationale du litige. Ce qui explique pourquoi une sanction sportive, une infraction aux règles de sécurité, une interdiction de compétition, relèvent de l'arbitrage commercial international puisqu'il y a des enjeux financiers donc des questions patrimoniales qui s'intègrent dans la notion de commercialité au sens de l'arbitrage commercial international<sup>180</sup>. Heureusement, l'impact des répercussions financières n'implique pas l'importation de la notion de commercialité de l'arbitrage international à la matière familiale. Néanmoins, si les répercussions financières prédominent dans la patrimonialité alors il serait aisé d'extrapoler ce raisonnement à la matière familiale et l'arbitrage aurait un champ d'action très étendu : outre la séparation, le divorce, les successions, avec un tel raisonnement, l'arbitre pourrait s'immiscer dans les conflits relatifs à l'adoption, la procréation médicalement assistée, la gestation pour autrui, la détermination du lieu de résidence d'un enfant, le choix des centres de loisirs, colonies de vacances, garderies, etc., placement d'un enfant, inscriptions scolaires, parcours éducatifs alternatifs en présence d'un enfant handicapé ou le suivi d'une scolarité à l'étranger, la protection juridique, l'enlèvement d'enfant, la disparition, le choix des obsèques et sépultures, les choix de dons de corps, prélèvement d'organes, etc. puisque toutes ces problématiques ont des répercussions financières, et dans cette perspective, ces conséquences patrimoniales seraient susceptibles de mettre en cause des intérêts du commerce international.

**157.** La commercialité des litiges a également été reconnue au sujet des contrats administratifs internationaux conclus par l'administration française. Si, l'article 2060 du Code civil français dispose qu'« *on ne peut compromettre (...) sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics (...) / Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre.* » Celui-ci n'a aucune portée internationale, et c'est affirmé de manière constante par la jurisprudence. Ainsi, et logiquement eu égard à la suprématie du droit international sur le droit français, « *la prohibition faite aux Etats de compromettre est limitée aux contrats d'ordre interne et est sans application pour les conventions ayant un caractère international*<sup>181</sup> », ce que la Cour de cassation a également confirmé : « *édictee pour les*

---

<sup>180</sup> Sentence du 9 octobre 1998, JDI 2001, p.270, note SIMON G. ; sentence du 22 juillet 1998, JDI 2002, p.319, obs. HASCHER D. ; sentence du 6 juillet 2004, JDI 2005, p.1301, note HASCHER D.

<sup>181</sup> CA de PARIS, 10 avril 1957, *Myrtoon Steamship*, JCP. G. 1957, II, 10078, note MOTULSKY H. ; JDI 1958, p.1002, note GOLDMAN B.

*contrats internes, la prohibition de compromettre dérivant pour les personnes morales de droit public des articles 83 et 1003 du Code de procédure civile n'est pas applicable à un contrat international passé pour les besoins et dans les conditions conformes aux usages du commerce international*<sup>182</sup> ». La règle matérielle qui autorise l'Etat français, les personnes morales de droit public françaises, à compromettre est ainsi créée dès lors qu'ils compromettent dans les contrats internationaux qui mettent en cause les intérêts du commerce international, ce qui implique la notion de flux à travers les frontières. Cette prohibition édictée à l'article 2060 du Code civil contient également la prohibition applicable à la matière familiale. Dans la continuité de cette jurisprudence et conformément à la hiérarchie des normes, en matière internationale, la prohibition des litiges ne peut pas être fondée sur cet article de droit français. Pour la matière familiale, il est nécessaire de définir quels sont les flux à travers les frontières. Avant de se hâter dans cette quête, en droit administratif, un bémol est émis par le Conseil d'Etat qui considère que la différence entre contrat administratif et contrat international demeure et est exclusive l'une de l'autre. Le Tribunal des conflits, le 17 mai 2010 dans le célèbre arrêt *INSERM* juge que « *le recours formé contre une sentence arbitrale rendue en France, sur le fondement d'une convention d'arbitrage, dans le litige né de l'exécution ou de la rupture d'un contrat conclu entre une personne morale de droit public française et une personne de droit étranger, exécuté sur le territoire français, mettant en jeu les intérêts du commerce international, fût-il administratif selon les critères du droit interne français, est porté devant la Cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue conformément à l'article 1505 du Code de procédure civile, ce recours ne portant pas atteinte au principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires*<sup>183</sup> ». Il en résulte que le droit de l'arbitrage international est applicable aux litiges portant sur des contrats administratifs internationaux. A cet effet, les contrats administratifs internationaux sont assimilés à des litiges commerciaux au sens du droit de l'arbitrage international, sous réserve, bien entendu que ces contrats ne relèvent pas d'un régime administratif d'ordre public. L'arrêt *INSERM* indique « *qu'il en va autrement lorsque*

---

<sup>182</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 2 mai 1966, n°61-12.255, *Trésor public contre Galakis*, Bull. civ. 1966, I, n°256, Rev. Crit DIP 1967, p.553, note GOLDMAN B., JDI 1966, p.648, note LEVEL P., D. 1966, p.575, note ROBERT J., ANCEL B. et LEQUETTE Y., *Grands arrêts de la jurisprudence française de Droit international privé*, n°44, 5<sup>ème</sup> éd. D.2006, p.341.

<sup>183</sup> TC, 17 mai 2010, *INSERM c/ Fondation Letten F. Saugstad*, Rev. arb. 2010, p.308, RTD com. 2010, p.525, obs. LOQUIN E., V. GAILLARD E., *Le Tribunal des conflits torpille le droit français de l'arbitrage*, JCP G 2010, 1096, CLAY Th., *Les contorsions byzantines du Tribunal des conflits en matière d'arbitrage*, JCP G 2010 act. 552, AUDIT. M., *Le nouveau régime de l'arbitrage des contrats administratifs internationaux*, Rev. arb. 2010, p.253, ORTSCHIEDT J., obs. ss l'arrêt, JCP G., 2010, p.1204, CASSIA P., *Les sentences arbitrales internationales, une compétence de contrôle partagée entre les juridictions françaises*, AJDA 2010, p.189, FOUSSARD D., *L'arbitrage en matière administrative, le point après l'arrêt du 27 avril 2010*, Cah. Arbitrage, 2010-3, p.717, LOQUIN E., *Retour dépassionné sur l'arrêt INSERM*, JDI 2011, doct. 10, p.841-861.

*le recours, dirigé contre une telle sentence intervenue dans les mêmes conditions, implique le contrôle de la conformité de la sentence aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique et applicables aux marchés publics, aux contrats de partenariat et aux contrats de délégation de service public ; que, ces contrats relevant d'un régime administratif d'ordre public, le recours contre une sentence arbitrale rendue dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un tel contrat relève de la compétence du juge administratif ».* Cette exception ne s'applique que pour les contrats administratifs « *conclus entre une personne morale de droit public française et une personne de droit étranger, exécutés sur le territoire français* ». Par conséquent, pour un contrat conclu par l'administration française qui s'exécuterait à l'étranger, le litige pourrait être porté devant un tribunal arbitral en application du droit de l'arbitrage international. Le Conseil d'Etat, le 19 avril 2013, dans l'arrêt Syndicat mixte des aéroports de Charente contre société Ryanair et a.<sup>184</sup>, juge que « *les marchés publics sont au nombre des contrats qui relèvent d'un contrat administratif d'ordre public. Dans l'hypothèse où le litige né de l'exécution ou de la rupture d'un tel contrat, conclu entre une personne morale de droit public français et une personne de droit étranger est soumis à l'arbitrage et donne lieu à une sentence arbitrale rendue en France, le recours dirigé contre cette sentence, qui implique le contrôle de sa conformité aux règles impératives du droit public français, auxquelles sont nécessairement soumis de tels contrats, relève de la compétence du juge administratif et est porté devant le Conseil d'Etat (...). Dans le cas où la sentence a été rendue par une juridiction siégeant à l'étranger, la juridiction administrative française est en revanche incompétente pour connaître d'un recours dirigé contre cette sentence. (...) Quel que soit le siège de la juridiction arbitrale qui a statué sur un litige né d'un tel contrat, le juge administratif est toujours compétent pour connaître d'une demande tendant à l'exequatur de la sentence, dont l'exécution forcée ne saurait être autorisée si elle est contraire à l'ordre public. (...) Une telle demande relève en premier ressort du tribunal administratif (...) Les marchés publics sont au nombre des contrats qui relèvent d'un régime administratif d'ordre public (...) Dans l'hypothèse où le litige né de l'exécution ou de la rupture d'un tel contrat, conclu entre une personne morale de droit public français et une personne de droit étranger, est soumis à l'arbitrage et donne lieu à une sentence arbitrale*

---

<sup>184</sup> CE, 19 avril 2013, Syndicat mixte des aéroports de Charente contre Société Ryanair et ., Rev. arb 2013, p.761, note LAAZOUZI M. ; CAA BORDEAUX, 1<sup>ère</sup> et 2<sup>ème</sup> ch. réunies, 12 juillet 2016, Syndicat Mixte des aéroports de Charente : « *il ne résulte pas de l'instruction que les conventions en cause auraient été conclues en méconnaissance des règles impératives du droit public français auxquelles sont nécessairement soumis de tels contrats ou comporteraient des clauses contraires à ces mêmes règles. Dans ces conditions, la clause d'arbitrage international figurant dans chacune des conventions litigieuses n'est pas illicite. En conséquence, la juridiction administrative n'est pas compétente pour connaître du présent litige* ».

*rendue en France, le recours dirigé contre cette sentence, qui implique le contrôle de sa conformité aux règles impératives du droit public français auxquelles sont nécessairement soumis de tels contrats, relève de la compétence du juge administratif et est porté devant le Conseil d'Etat (...) ».* Cette vérification du respect de l'ordre public effectué par l'arbitre n'est exigée qu'en présence d'un arbitrage qui lie une administration française mais pas lorsqu'il lie une personne morale de droit public ou une administration étrangère et n'est pas exigée au juge judiciaire. La première chambre civile de la Cour de cassation, le 4 juin 2008<sup>185</sup>, énonce que *« s'agissant de la violation de l'ordre public international, seule la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est examinée par le juge de l'annulation au regard de la compatibilité de sa solution avec cet ordre public, dont le contrôle se limite au caractère flagrant, effectif et concret de la violation alléguée ».*

Le terme commerce international doit être remplacé par le terme d'économie pour accepter une notion plus large que la notion française de commercialité. La Cour écarte la notion française de commercialité.

**158. La matière familiale et le non-monnayable :** En droit international privé, est commerciale toute activité économique. La distinction ne s'effectue pas sur la différence entre la matière civile ou commerciale, elle porte sur l'opposition entre l'arbitrage commercial international et l'arbitrage de droit international public. La commercialité est une notion très large qui concerne même un arbitrage entre une personne de droit public et une personne de droit privé. Cette notion d'activité économique est difficilement transposable à la matière familiale où de nombreuses heures s'écoulent dans l'ignorance du droit, où les relations ne se monnayent pas, où les litiges ne sont pas tous valorisables. Le droit de la famille est une des matières juridiques qui laisse le moins de liberté aux individus afin de disposer de leur droit : le corps humain n'est pas un objet de commerce, l'amour conjugal, filial, intergénérationnel, n'a pas de valeur pécuniaire. Les droits de la personnalité, droits à la vie, à l'intégrité corporelle, à l'honneur, à la vie privée, à l'image, au nom, etc. sont des droits qui ne font pas partie du patrimoine du sujet du droit. Ces droits extra-patrimoniaux sont aussi ceux relatifs aux droits et devoirs de fidélité, secours, assistance, cohabitation entre époux, aux droits et devoirs de garde, de surveillance, d'éducation entre parents et enfants. Ces droits sont incessibles,

---

<sup>185</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 4 juin 2008, pourvoi n°06-15.320, Bull. 2008, I, n°162, Rev. arb., 2008, p.473, note FADLALLAH I., Gaz. Pal., 20-21 février 2009, p.32, note TRAIN F.6 X., JCP G 2008, I, 164, §8, obs. SERAGLINI Ch., JDI 2008, Comm. 16, p.1107, note MOURRE A, LPA 2008, n°199, p.21, note DUPREY P., Rev. arb., 2008, p.98.

intransmissibles, insaisissables, indisponibles. Il en est de même pour la capacité, la filiation, le prononcé du divorce et la séparation de corps, le pacte civil de solidarité, la liberté de tester, etc., nombreux sont ces droits incorporels attachés à la personne et inaliénables. La liberté individuelle, la volonté sont limitées par l'ordre public qui protège la matière.

**159.** Le critère de l'internationalité influence également les voies de recours. Le régime des voies de recours est déterminé par l'organisation judiciaire. En France une distinction s'effectue selon si la sentence a été rendue en France ou non. Il n'est pas possible de dire qu'un litige est international alors qu'il ne l'est pas, ou inversement, pour obtenir ou faire échec à une voie de recours. *« la qualification interne ou internationale de l'arbitrage échappe à leur volonté [des parties], car elle influence le régime des voies de recours. Sur ce dernier terrain, la différence entre les deux types d'arbitrage est nette et les parties ne sauraient qualifier d'interne un arbitrage objectivement international et vice versa. Cette impossibilité est principalement dictée par les conséquences qu'une telle qualification aurait sur le régime des voies de recours (notamment au regard de la possibilité indirecte que cela offrirait aux parties d'introduire un appel dans un arbitrage normalement international).<sup>186</sup> »*

**160.** Si les critères de l'arbitrage international diffèrent d'un Etat à l'autre et génèrent ainsi une insécurité juridique puisque les parties sont dans l'incertitude quant à l'internationalité de leur litige et par conséquent des règles applicables, et ce, en raison de la qualification *lege fori*, il est possible de constater que certains Etats disposent de critères adaptés à la matière familiale (B).

## **B. Des critères adaptés à la matière familiale (panorama comparatif)**

**161. Présentation des critères de l'internationalité :** A l'instar du droit français, de nombreux Etats se fondent sur le critère économique du rapport substantiel. C'est un fondement matériel. En parallèle, il existe un fondement formel qui se rattache aux éléments d'extranéité et par conséquent applique les règles de conflit de lois. La voie choisie par le droit français, qui repose sur des critères matériels, objectifs, est justifiée par le libéralisme des échanges internationaux, l'autonomie de la volonté des parties, mais offre une place réduite au droit de la famille qui ne peut se développer qu'au regard des droits patrimoniaux familiaux. En

---

<sup>186</sup> RACINE J.- B., *Réflexions sur les voies de recours en droit de l'arbitrage, propos introductifs*, Rev. arb. 2018, n°1, p.6.

revanche, d'autres Etats accordent une place plus importante au siège de l'arbitrage ou au domicile des parties, lien subjectif. Le choix entre ces deux voies résulte essentiellement de la volonté du législateur.

**162. L'internationalité, un vecteur de modification du contexte juridique entre arbitrage interne et arbitrage international :** Une grande partie des ordres juridiques distinguent l'arbitrage interne et l'arbitrage international. L'arbitrage international n'est pas l'arbitrage étranger. Un arbitrage étranger peut être, lui-même, interne ou international, au regard de la loi du *for*. L'arbitrage interne contient généralement des normes impératives plus strictes que l'arbitrage international. Il en est de même pour le contrôle des sentences arbitrales : celui-ci sera plus fort si la sentence a un lien étroit, une certaine proximité, avec le *for*.

**163. L'internationalité appréhendée au regard du siège du tribunal arbitral :**

**164. Le droit argentin :** Historiquement, le droit argentin a été influencé notamment par le Code Napoléon tout en ayant une attitude favorable à l'arbitrage commercial. Au début du XX<sup>ème</sup> siècle, une méfiance s'est instaurée, jusqu'à l'adoption au début du XXI<sup>ème</sup> siècle de nouvelles lois particulièrement influencées par le droit américain et en matière d'arbitrage par la Loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. Cette influence n'a pas empêché l'Argentine d'organiser des spécificités qui la distinguent et la caractérise. Depuis le 1<sup>er</sup> août 2015, le Code civil et commercial argentin est en vigueur. Ce code avait inclus le régime du « contrat d'arbitrage ». Cette modernité a été renforcée par l'adoption de la Loi de l'arbitrage du commerce international du 4 juillet 2018. Cette loi instaure un système dualiste en distinguant l'arbitrage interne et l'arbitrage international<sup>187</sup>. Elle se fonde sur le critère objectif : l'arbitrage international est fondé sur l'emplacement du lieu de l'arbitrage ou de l'exécution d'une partie substantielle des obligations ou le lieu avec lequel l'objet du différend a le lien le plus étroit<sup>188</sup>.

**165. Le droit espagnol :** Sans retracer l'histoire de l'arbitrage espagnol, ce dernier a nettement évolué au cours du XX<sup>ème</sup> siècle. La loi du 23 décembre 2003 a institué un système

---

<sup>187</sup> Ley de arbitraje comercial internacional, ley 27449, du 4 juillet 2018 : « *Ámbito de Aplicación : Artículo 1º- La presente ley se aplicará al arbitraje comercial internacional, y lo regirá en forma exclusiva, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en la República Argentina.* » Champ d'application : article 1 : La présente loi s'applique à l'arbitrage commercial international (...).

<sup>188</sup> « Art. 3º- *Un arbitraje es internacional si: a) Las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes; o b) Uno de los siguientes lugares está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos: I. El lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje; II. El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha.* »



dit « moniste » au lieu et place du système « dualiste »<sup>189</sup> en vigueur depuis la loi de 1988<sup>190</sup>. Le choix du système moniste résulte notamment de l'influence de la loi-type de la CNUDCI. L'article 1 de la loi n°60/2003 du 23 décembre 2003, modifiée le 6 octobre 2015<sup>191</sup>, dispose que « *cette loi s'applique aux arbitrages situés sur le territoire espagnol, internes ou internationaux, nonobstant les dispositions spéciales qui résultent des traités dont l'Espagne est partie ou des lois qui contiennent des dispositions spéciales sur l'arbitrage* ». L'article 3 de cette même loi définit l'arbitrage international<sup>192</sup>. L'introduction de l'arbitrage familial dans le champ matériel de la loi sur l'arbitrage se déduit de son article deux, lequel dispose que « *sont susceptibles d'arbitrage, les litiges sur les matières disponibles conformes au droit*<sup>193</sup> ». Cette loi définit un critère territorial. Cette internationalité est corroborée par la distinction entre l'arbitrabilité des litiges internes et internationaux : certaines matières familiales sont arbitrables en droit international alors qu'une telle possibilité est interdite dans le cadre d'un arbitrage interne. En matière matrimoniale, les époux ou futurs époux peuvent établir une convention d'arbitrage pour régler leurs différends susceptibles d'intervenir sur les biens et droits, ainsi que les contrats patrimoniaux entre époux. En revanche, les matières relatives aux droits de la personne, à la filiation, l'autorité parentale ne sont pas arbitrables. Internationalité, patrimonialité, s'accompagnent du critère de la transigibilité comme critère composite de

---

<sup>189</sup> Cette dichotomie entre « moniste » et « dualiste » fait référence uniquement au droit de l'arbitrage et non au droit international public.

<sup>190</sup> Loi 36/1988 du 5 décembre 1988, *De l'arbitrage*, BOE n°293, 7 décembre 1988, p.34605 à 34609, BOE-A-1988-28027.

<sup>191</sup> Loi n°60/2003 du 23 décembre 2003, publiée au Jefatura del Estado « BOE », numéro 309, du 26 décembre 2003, BOE-A-2003-23646, modifié le 6 octobre 2015 : « *artículo 1 : Ambito de aplicación : 1. Esta ley se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio español, sean de carácter interno o internacional, sin perjuicio de lo establecido en tratados de los que España sea parte o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje (...)* ».

<sup>192</sup> « *Artículo 3. Arbitraje internacional. 1. El arbitraje tendrá carácter internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que, en el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes. b) Que el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la CÓDIGO DE LEGISLACIÓN PROCESAL § 8 Ley de arbitraje – 659 – que dimana la controversia o el lugar con el que ésta tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios. c) Que la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional. 2. A los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, si alguna de las partes tiene más de un domicilio, se estará al que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral ; y si una parte no tiene ningún domicilio, se estará a su residencia habitual.* » i.e. « *lorsque l'une des circonstances suivantes est réunie : a) que, au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, les parties sont domiciliées dans des Etats différents ; que le lieu de l'arbitrage, déterminé dans la convention d'arbitrage ou en vertu de celle-ci, le lieu d'exécution d'une partie substantielle des obligations de la relation juridique du litige ou le lieu avec lequel il a une relation plus étroite, est situé en dehors de l'Etat dans lequel les parties ont leur domicile, c) que la relation juridique du différend affecte les intérêts du commerce international ; Aux effets de la précédente section, si l'une des parties n'a plus son domicile, ce sera celui qui a une relation plus étroite avec la convention d'arbitrage et si une partie n'a pas de domicile, cela sera sa résidence habituelle.* »

<sup>193</sup> Article 2 de la Loi sur l'arbitrage de 2003 : « *son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho* ».

l'arbitrabilité. Ce chevauchement résulte des dispositions de l'article 1814 du Code civil espagnol lequel dispose qu'il n'est pas possible de transiger sur l'état civil des personnes, ni sur les questions matrimoniales, ni sur les aliments futurs<sup>194</sup>. Toutefois, un élan en faveur de l'arbitrage est insufflé par la doctrine ainsi que par des aménagements législatifs comme l'article 9.6 de la loi de 2003. Cette dernière offre une alternative. Ce critère de rattachement alternatif, relatif au fond et à la forme de la convention d'arbitrage ainsi qu'à l'arbitrabilité du litige, est favorable à l'arbitrage. Le droit espagnol qui s'est inspiré du droit suisse, semble, sur ce point, avoir dépassé ce dernier.

**166. Le droit suisse :** L'article 176 de la LDIP dispose que « *les dispositions du présent chapitre s'appliquent à tout arbitrage si le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse et si au moins l'une des parties n'avait, au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, ni son domicile, ni sa résidence habituelle en Suisse. / Les parties peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou dans une convention ultérieure, exclure l'application du présent chapitre et convenir de l'application de la troisième partie du CPC. / Les parties en cause ou l'institution d'arbitrage désignée par elles ou, à défaut, les arbitres déterminent le siège du tribunal arbitral.* » Il en résulte que l'arbitrage est international si le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse. Si le siège se situe dans un autre Etat, alors, il s'agit d'un arbitrage étranger.

**167. Le droit anglais :** à l'instar du droit suisse, la loi sur l'arbitrage de 1996 énonce en son article deux que le droit anglais s'applique lorsque le siège de l'arbitrage est situé en Angleterre, au Pays de Galle et en Irlande du Nord. En revanche, lorsqu'il est situé ailleurs, il s'agit d'un arbitrage étranger non soumis au droit anglais. Le droit anglais en matière d'arbitrage découle notamment de l'Arbitration Act de 1991, modifié par les règles de l'IFLA et des accords convenus entre l'arbitre et les parties. L'arbitre doit être reconnu par l'IFLA. La loi anglaise sur l'arbitrage du 17 juin 1996 n'effectue aucune distinction entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international. Le droit anglais ouvre l'arbitrage aux litiges relatifs aux droits patrimoniaux mais aussi à certains litiges relatifs aux enfants. En revanche, en cas d'enlèvement international, le litige ne sera pas arbitral. Si le principe de la rupture du lien conjugal n'est pas arbitral en droit anglais, les conséquences le seront.

**168.** Les enjeux de l'internationalité au regard de la matière familiale se chevauchent avec ceux au regard de l'arbitrabilité en matière familiale (§2).

---

<sup>194</sup> « *No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros* ».

## § 2. Les enjeux de l'internationalité au regard de l'arbitrabilité en matière familiale

**169.** **L'articulation de l'internationalité et de l'arbitrabilité :** « *Le législateur pourra ainsi opter pour une réglementation unitaire, régissant l'arbitrage tant interne qu'international, mais prévoyant des aménagements en faveur de ce dernier (conception « moniste »). Il pourra au contraire adopter deux corps de règles distincts, s'appliquant l'un à l'arbitrage interne, l'autre à l'arbitrage international (conception « dualiste »). Que l'option choisie soit moniste ou dualiste, la nécessité demeure d'éviter, dans toute la mesure du possible, que le droit interne ne constitue une barrière à l'efficacité de l'arbitrage international.*<sup>195</sup> »

**170.** La majeure partie des Etats effectuent une distinction entre l'arbitrage interne et international, à l'instar du droit suisse (A), mais un autre paradigme existe, comme par exemple en Belgique (B).

### A. Des critères plus stricts en droit interne qu'en droit international : le choix suisse

**171. Une distinction légale :** L'article 354 du Code de procédure civile suisse dispose que « *l'arbitrage peut avoir pour objet toute prétention qui relève de la libre disposition des parties* ». L'article 177 de la loi de droit international privé suisse énonce que « *toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage. / Si une partie à la convention d'arbitrage est un Etat, une entreprise dominée ou une organisation contrôlée par lui, cette partie ne peut invoquer son propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige ou sa capacité d'être partie à un arbitrage.* » Ainsi, en fonction de la qualification de l'arbitrage, entre arbitrage interne et arbitrage international, le critère qui détermine l'arbitrabilité du litige diverge. Si l'internationalité du litige indique que celui-ci relève du droit interne, alors l'arbitrabilité sera déterminée en fonction de la libre disposition des parties. En revanche, si l'internationalité du litige reconnaît que le litige est international, alors, l'arbitrabilité de ce dernier s'appréciera au regard de la distinction entre les causes de nature patrimoniale et les autres. En matière internationale, le critère suisse de l'arbitrabilité est une règle directement applicable, il n'est pas nécessaire de suivre les règles de conflits de lois ce qui impliquerait potentiellement des déterminations suivant différentes lois, à défaut de choix de loi explicite.

---

<sup>195</sup> FERNANDEZ ROZAS J. C., *Arbitrage interne et international : la réglementation soi-disant unitaire en Espagne*, Actes du colloque de Lausanne du 2 octobre 2009, édités par BONOMI A. et BOCHATAY D., Librairie Droz, Genève 2010.

**172. Une distinction corroborée par le Tribunal fédéral : l'arrêt Fincantieri-Cantieri contre M. :** « *L'article 177 al. 1 LDIP ne subordonne pas l'arbitrabilité d'une cause à la disponibilité du droit litigieux, de sorte qu'il est erroné d'assimiler la « nature patrimoniale » au sens de cette disposition, à la liberté de disposer de l'article 5 CIA (...). Il s'agit là de deux critères distincts. Le législateur a, volontairement, fait abstraction du second, lequel présuppose le choix d'une solution conflictuelle puisque, en matière internationale, l'appréciation du caractère disponible des rapports de droit soumis à l'arbitrage requiert l'examen du droit matériel qui les régit.* <sup>196</sup> »

**173.** Aux termes de cet arrêt *Fincantieri-Cantieri contre M.*, le Tribunal fédéral suisse rappelle l'importance de la distinction des critères entre le droit interne suisse et le droit international suisse, et insiste afin qu'aucune assimilation entre les deux ne soit effectuée. L'internationalité des critères se répercutera notamment sur la validité de la convention d'arbitrage ainsi que sur la compétence des arbitres, comme le rappelle le Tribunal fédéral toujours aux termes dudit arrêt. « *L'arbitrabilité est une condition de validité de la convention d'arbitrage et, partant, de la compétence des arbitres. Dans son sens objectif, ce terme désigne les causes susceptibles d'être tranchées par la voie de l'arbitrage (arbitrabilité rationae materiae par opposition à l'arbitrabilité rationae personae, c'est-à-dire à la capacité des parties de conclure une convention d'arbitrage). Pour résoudre le problème de l'arbitrabilité, le législateur suisse renonçant consciemment à la solution reposant sur une règle de conflit (...) a choisi d'édicter une règle matérielle de droit international privé, fondée sur l'objet du litige, en prévoyant la possibilité de soumettre à l'arbitrage « toute cause de nature patrimoniale ». Il a voulu ainsi exclure toutes les difficultés liées à l'approche conflictuelle, en particulier la nécessité de rechercher la loi applicable dans la détermination de l'arbitrabilité du litige. (...)* <sup>197</sup> »

**174.** L'arbitrage international est souvent plus libéral que l'arbitrage interne, moins impératif, moins proche du *for*, mais certains Etats considèrent que ce qui est applicable à l'arbitrage international doit également l'être pour l'arbitrage interne, comme en Belgique (B).

---

<sup>196</sup> Tribunal fédéral suisse, 118 II 353, arrêt de la 1<sup>ère</sup> Cour civile, 23 juin 1992, *Fincantieri-Cantieri Navali Italiani S.p.A. et Oto Melara S.P.A. contre M. et Tribunal arbitral (recours de droit public)*.

<sup>197</sup> Tribunal fédéral suisse, 118 II 353, arrêt de la 1<sup>ère</sup> Cour civile, 23 juin 1992, *Fincantieri-Cantieri Navali Italiani S.p.A. et Oto Melara S.P.A. contre M. et Tribunal arbitral (recours de droit public)*.

## B. Des critères identiques en droit interne et en droit international : le choix belge.

**175. Suppression des critères de l'internationalité :** La ville de Bruxelles réunit de nombreuses institutions européennes. Extrapolant ce leadership, le gouvernement belge « *en intégrant en grande partie la loi type uniforme de la CNUDCI dans le code judiciaire et en reprenant souvent la formulation de celle-ci, (...) entend positionner la Belgique vis-à-vis des divers acteurs du monde économique national et international – comme un pays ouvert à l'arbitrage, tant national qu'international (...)*<sup>198</sup> ». La loi-type de la CNUDCI avait déjà influencée le droit belge antérieur, notamment la loi du 19 mai 1998. La loi de 2013 n'opère plus de distinction entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international. Le législateur belge prétendait que la suppression de cette dichotomie a pour finalité d'assurer une plus grande sécurité juridique. Il considérait en outre qu'il « *n'y a pas de raison de ne pas faire bénéficier l'arbitrage national des mêmes qualités d'autonomie et de souplesse [de l'arbitrage international]*<sup>199</sup> ».

**176. L'indépendance du critère de l'arbitrabilité :** Sans critère de l'internationalité, seul subsiste le critère de l'arbitrabilité des litiges. Ce critère est énoncé à l'article 1676 du Code judiciaire lequel dispose que : « *toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage. Les causes de nature non-patrimoniale sur lesquelles il est permis de transiger peuvent aussi faire l'objet d'un arbitrage. / Quiconque a la capacité ou le pouvoir de transiger, peut conclure une convention d'arbitrage/ (...) / Les dispositions qui précèdent sont applicables sous réserve des exceptions prévues par la loi. / Sous réserve des exceptions prévues par la loi, est nulle de plein droit toute convention d'arbitrage conclue avant la naissance d'un litige dont le tribunal du travail doit connaître en vertu des articles 578 à 583. / Tant que le lieu de l'arbitrage n'est pas fixé, les juges belges sont compétents en vue de prendre les mesures visées aux articles 1682 et 1683. / La sixième partie du présent Code s'applique et les juges belges sont compétents lorsque le lieu de l'arbitrage au sens de l'article 1701, §1<sup>er</sup>, est situé en Belgique, ou lorsque les parties en ont convenu. / Par dérogation au §7,*

---

<sup>198</sup> Projet de loi modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par M Stefaan De Clerck, Exposé introductif de Mme Annemie Turtelboom, ministre de la Justice, *Doc. Parl., Ch. Repr., sess. Ord. 2012-2013, n°53-2743/003, 8 mai 2013, p.8, in JONET J.- M., La réforme du droit belge de l'arbitrage : une nouvelle transposition de la loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, Revue d'arbitrage et de médiation, 2013, Volume 3, n°2.

<sup>199</sup> Projet de loi modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par M Stefaan De Clerck, Exposé introductif de Mme Annemie Turtelboom, ministre de la Justice, *Doc. Parl., Ch. Repr., sess. Ord. 2012-2013, n°53-2743/003, 8 mai 2013, p.6, in JONET J.- M., La réforme du droit belge de l'arbitrage : une nouvelle transposition de la loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, Revue d'arbitrage et de médiation, 2013, Volume 3, n°2.

*les dispositions des articles 1682, 1683, 1696 à 1698, 1708 et 1719 à 1722 s'appliquent quel que soit le lieu de l'arbitrage et nonobstant toute clause conventionnelle contraire. » Deux points sont ainsi étudiés pour l'arbitrabilité du litige : la patrimonialité de celui-ci et la possibilité de transiger. « La notion de « cause patrimoniale » est inspirée du droit allemand et du droit suisse, notamment. Ce critère doit être interprété de manière large, disent les travaux préparatoires, en faisant référence à la jurisprudence suisse : la cause est patrimoniale dès lors que l'intérêt d'une des parties peut être « appréciée en argent »<sup>200</sup> ».*

---

<sup>200</sup> JONET J.- M., *La réforme du droit belge de l'arbitrage : une nouvelle transposition de la loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, Revue d'arbitrage et de médiation, 2013, Volume 3, n°2.

## Conclusion du Chapitre 2

**177.** L'évolution des mœurs, l'élan législatif libéral, sont des vecteurs *in favorem arbitrandum*. Derrière la privatisation, la contractualisation, la désinstitutionnalisation du droit de la famille, le droit de l'arbitrage semble, de prime abord, une alternative dans l'esprit desdites transformations. S'il paraît envisageable de rendre la doctrine unanime quant à l'arbitrabilité des litiges patrimoniaux, il n'en n'est pas de même en matière extrapatrimoniale. L'arbitrabilité des litiges patrimoniaux pourrait bénéficier de cet élan *in favorem arbitrandum* pour connaître une réalité pratique plus intense. En revanche, en matière extrapatrimoniale, indépendamment de toute la confiance qu'il est possible d'accorder à l'arbitrage, un accord doctrinal semble utopique.

**178.** Les notions d'internationalité et d'arbitrabilité sont sibyllines ; envisager leur suppression ne constitue pas une solution pour surmonter une difficulté. Si des points communs existent entre certaines législations, il ne semble pas exister de standards communs dans les textes européens. Les règlements européens seraient une source opportune pour dégager des critères transnationaux, mais, à ce jour, ils paraissent silencieux.

**179.** Le phénomène *in favorem arbitrandum* qui émerge notamment au sein de l'Union européenne en matière familiale ne se concrétiserait-il pas grâce à la recherche d'un critère fonctionnel transnational inscrit au sein des règlements européens ?

## Conclusion du Titre 1

**180.** « *L'individu et la famille du XXI<sup>ème</sup> siècle ne sont plus ceux du Code Napoléon : mariage entre personnes de même sexe, enfants nés par gestation pour autrui, reconnaissance par l'état civil du changement de sexe, validation de l'union post-transformiste avec une personne du sexe opposé à l'état nouveau... Que ces mutations créent des tensions en droit international privé est inévitable. L'autonomie de la volonté correspond à une philosophie individualiste et contractuelle qui ne peut être écartée d'un revers de manche, car elle est la marque de notre société. Il revient aux internationalistes de veiller à ce que l'emprise de la volonté ne se fasse pas au prix d'une dévaluation du bien commun. Henri BATTIFOL, dès les années 1970, écrivait « toute l'équivoque du libéralisme individualiste est précisément d'avoir cru que la protection de chacun suffirait à organiser la vie en commun, alors qu'un faisceau de droits subjectifs ne saurait atteindre ce but, méconnaissant le problème premier qui est celui de la vie en commun.* <sup>201</sup> »

**181.** L'histoire évolue, de manière cyclique, linéaire ou non, elle est intimement liée à l'évolution des mœurs, des réalités économiques, politiques, de chaque civilisation. Comment le droit de l'arbitrage pourrait-il être hermétique à ces transformations et interrogations ? Selon les périodes, il fut plus ou moins libéral, il a déjà concerné la matière familiale et dans certains Etats, il la régit encore.

**182.** Mais cette évolution historique est confrontée à la théorie juridique et la notion d'arbitrabilité n'est pas aussi aisée qu'elle n'y paraît. Différents niveaux d'analyses se superposent. De nombreux critères se chevauchent. Une grande adaptabilité se révèle suivant les ordres juridiques. Démystifiée, l'arbitrabilité révèle plusieurs facettes et une arbitrabilité potentielle se dévoile sans néanmoins bousculer les fondements de l'arbitrage, sans contester la pertinence d'une frontière entre les litiges arbitrables et les autres, sans renier les principes fondamentaux, l'intérêt général, l'intérêt supérieur de l'enfant, la notion d'indisponibilité des droits, l'ordre public en matière internationale, si importants juridiquement. Cela implique qu'il existe une réelle pertinence à définir des critères relatifs à l'arbitrabilité des litiges familiaux qui se veulent être un allié de la modernité (titre II).

---

<sup>201</sup> CALLÉ P., *Les fondements de l'autonomie de la volonté en droit de l'Union européenne (droit des personnes et de la famille)*, in *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, dir. PANET A., FULCHIRON H., WAUTELET P., Bruylant, sept. 2017, p.39-40.



## Titre II - Critères de l'arbitrabilité, un allié de la modernité

---

**183.** « (...) On perçoit en premier lieu que 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. (...)»<sup>202</sup> » Cet axe de réflexion est appréhendé de différentes manières au niveau international.

**184. Royaume-Uni :** Au Royaume-Uni, *The Arbitration Act*, de 1996, ne soulève pas ouvertement la question de l'arbitrabilité des litiges familiaux. A la lecture du plan de cette loi, il n'apparaît pas un paragraphe spécifique qui détermine précisément ce qui est arbitrable et ce qui ne l'est pas. La seule définition formulée concerne la convention d'arbitrage qui la présente comme l'accord des parties de soumettre à l'arbitrage un conflit présent ou futur, qu'il soit contractuel ou non<sup>203</sup>. Une lecture plus approfondie de cette loi permet de comprendre que certains développements contiennent des limites, telle que par exemple celle imposée par l'intérêt général. En pratique, la question de l'arbitrabilité est essentiellement laissée à l'interprétation des juges de la Haute Cour de Justice<sup>204</sup>.

**185. Canada :** Le Canada développe une politique qui tend à favoriser l'arbitrage. Le droit de la famille est partagé entre les deux ordres de gouvernement fédéral et provincial. Ce partage résulte de la *loi constitutionnelle de 1867*. En 1990, la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada a adopté une Loi uniforme sur l'arbitrage et a recommandé son adoption aux

---

<sup>202</sup> MURAT P., *Arbitrage et évolution du droit français de la famille*, Droit et patrimoine, n°275, décembre 2017, dossier, p.35.

<sup>203</sup> *The Arbitration Act*, 1996: « *Definition of arbitration agreement. (1) In this Part an "arbitration agreement" means an agreement to submit to arbitration present or future disputes (whether they are contractual or not). (2) The reference in an agreement to a written form of arbitration clause or to a document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement if the reference is such as to make that clause part of the agreement.* »

<sup>204</sup> En ce sens par exemple: e.g. s.203 of the Employment Rights Act 1996 as interpreted in *Clyde & Co LLP v Krista Bates van Winkelhof* [2011] EWHC 668.

provinces et territoires. L'Ontario fait partie des premières provinces à l'avoir adoptée. Cette loi de 1991 sur l'arbitrage concerne tous les arbitrages à l'exception de ceux qui sont régis par une loi spéciale et se trouvent ainsi expressément exclus comme l'arbitrage commercial international et l'arbitrage en matière de relations de travail. Dans l'Ontario, l'objet du différend doit pouvoir faire l'objet d'un arbitrage au sens de la loi de cette province. Il en résulte que des parties ne peuvent pas convenir d'un arrangement privé afin de résoudre une question qui implique la reconnaissance publique. Ainsi, la filiation, le statut du mariage, nécessitent une reconnaissance publique de l'état civil et ne peuvent pas faire l'objet d'un arbitrage.

**186. Etats-Unis :** Aux Etats-Unis, chaque Etat appréhende l'arbitrabilité d'une manière différente. *The Uniform Law Commission* a établi, en juillet 2016, un projet visant à structurer l'arbitrage en matière familiale. Une des questions centrales au cœur de ce projet était celle de la garde d'enfants et des pensions alimentaires. Les divergences entre les Etats sont très importantes aux Etats-Unis : une minorité des Etats exclut l'arbitrage en matière de droit de visite et d'hébergement des enfants, ainsi que sur la pension alimentaire, alors qu'à l'inverse, la Cour suprême du New Jersey a considéré que cette question s'inscrivait dans les droits constitutionnels<sup>205</sup>. Face à ces divergences, le projet établi par *The Uniform Law Commission* détermine ce qui est inarbitrable, en laissant certains domaines entre parenthèses afin que chaque Etat retienne la notion juridique qui lui convient. Il résulte ainsi qu'un arbitre ne peut pas statuer sur la séparation, le divorce, la dissolution du mariage ou son annulation, l'autorité parentale, l'adoption ou la tutelle d'un enfant ou d'un majeur protégé, le statut d'un enfant qui nécessite une protection, un litige familial portant sur le droit de visite et d'hébergement des enfants, l'exercice de l'autorité parentale, la pension alimentaire due à un enfant, ou toute autre disposition qu'un Etat souhaiterait exclure de l'arbitrage<sup>206</sup>. L'exclusion de l'arbitrage des litiges relatifs aux enfants est laissée, dans ce projet, à la libre appréciation des états. Ce projet

---

<sup>205</sup> Cour suprême de New Jersey, 973 A.2d 347 (2009), 199 N.J. 456, 1<sup>er</sup> juillet 2009, Fawzy contre Fawzy, « *We hold that within the constitutionally protected sphere of parental autonomy is the right of parents to choose the forum in which their disputes over child custody and rearing will be resolved, including arbitration* » dans la sphère constitutionnellement protégée de l'autonomie parentale, il y a le droit des parents de choisir leur juge qui réglera leurs conflits au sujet du droit de visite et d'hébergement, y compris l'arbitrage.

<sup>206</sup> « *This [act] does not authorize an arbitrator to make an award that:*

(1) *grants a [legal separation], [divorce] [dissolution of marriage], or annulment;*

(2) *terminates parental rights;*

(3) *grants an adoption or a guardianship of a child or incapacitated individual; [or]*

(4) *determines the status of [dependency] [a child in need of protection] [;] [or]*

*[5] determines a child-related dispute] [; or*

*(6) determines [other specified dispute to be excluded from arbitration*

*Legislative Note: In the bracketed language in subsection (b)(1) and (4), a state should insert the appropriate term used under state law. »*

a été adopté par la 29<sup>ème</sup> session du Sénat à Hawaï<sup>207</sup>, en 2017, au terme de laquelle il a été retenu quatre points d'inarbitrabilité sur les six proposés. Ainsi, à Hawaï, l'arbitre ne peut pas statuer sur le divorce, l'annulation ou la séparation, sur l'autorité parentale, l'adoption ou la mesure de protection d'un enfant ou d'un majeur protégé, le statut d'un enfant qui nécessite une protection ; en revanche, les points cinq et six n'ont pas été repris, ce qui permet de soumettre à l'arbitrage un litige familial qui concerne le droit de visite et d'hébergement des enfants, l'exercice de l'autorité parentale, la pension alimentaire due à un enfant. Le projet établi par *The Uniform Law Commission* a également été adopté en Arizona, le 31 août 2017, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2018, trois points d'inarbitrabilité sur les six ont été retenus : ainsi l'arbitre ne peut pas statuer sur le divorce, l'annulation ou la séparation, sur l'autorité parentale, l'adoption ou la mesure de protection d'un enfant ou d'un majeur protégé<sup>208</sup>. L'arbitrabilité des litiges en matière familiale est la plus étendue en Caroline du Nord<sup>209</sup>, dans l'Indiana<sup>210</sup> et au Michigan<sup>211</sup>.

**187. Arbitrabilité et modernité :** Ces Etats qui pratiquent régulièrement l'arbitrage en matière familiale semblent modernes. La modernité est un des arguments utilisés pour

<sup>207</sup> «*The chapter does not authorize an arbitrator to make an award that:*

- (1) *Grants a divorce, annulment, or separation under chapter 580;*
- (2) *Terminates parental rights under section 571-61 or section 587A-33;*
- (3) *Grants an adoption under chapter 578 or a guardianship of a child under section 560 :5-202 or section 560:5-204 or incapacitated individual under section 560:5-301 or section 560:5-304; or*
- (4) *Determines the status of a child in need of protection under chapter 587 ».*

<sup>208</sup> « *This rule does not authorize an arbitrator to make an award that: (a) grants a legal separation, dissolution of marriage, or annulment; (b) grants a guardianship of a child or incapacitated adult; or (c) grants an adoption, terminates parental rights, or determines dependency or other status of a child under Title 8 of the Arizona Revised Statutes ».*

<sup>209</sup> Article 3, Family law arbitration act, Caroline du Nord : « *It is the policy of this State to allow, by agreement of all parties, the arbitration of all issues arising from a marital separation or divorce, except for the divorce itself, while preserving a right of modification based on substantial change of circumstances related to alimony, child custody, and child support »* : toutes les questions sont arbitrables à l'exception du divorce lui-même.

<sup>210</sup> IC 34-57-5-2 « *Family law arbitration authorized; family law arbitration procedures Sec. 2. (a) In an action : (1) for the dissolution of a marriage; (2) to establish: (A) child support; (B) custody; or (C) parenting time »* : l'arbitrage en matière familiale est autorisé dans une procédure de dissolution du mariage pour établir la pension alimentaire, le droit de visite et d'hébergement (...).

<sup>211</sup> « *Parties to an action for divorce, annulment, separate maintenance, or child support, custody, or parenting time, or to a postjudgment proceeding related to such an action, may stipulate to binding arbitration by a signed agreement that specifically provides for an award with respect to 1 or more of the following issues:*

- (a) *Real and personal property.*
- (b) *Child custody.*
- (c) *Child support, subject to the restrictions and requirements in other law and court rule as provided in this act.*
- (d) *Parenting time.*
- (e) *Spousal support.*
- (f) *Costs, expenses, and attorney fees.*
- (g) *Enforceability of prenuptial and postnuptial agreements.*
- (h) *Allocation of the parties' responsibility for debt as between the parties.*
- (i) *Other contested domestic relations matters. »*

[http://www.legislature.mi.gov/\(S\(dnk1wyt3dy52diev4pfzyk1p\)\)/mileg.aspx?page=getObject&objectName=mcl-600-5071](http://www.legislature.mi.gov/(S(dnk1wyt3dy52diev4pfzyk1p))/mileg.aspx?page=getObject&objectName=mcl-600-5071)

justifier l'essor de l'arbitrage familial international. Modernité et mondialisation seraient des moteurs pour propulser la pratique de l'arbitrage familial international, pour rénover les critères applicables à l'arbitrabilité objective et subjective.

**188. Arbitrabilité objective, arbitrabilité subjective :** L'arbitrabilité est dite objective en raison du litige qui a été soustrait à l'arbitrage par le droit national applicable, en raison de l'objet de la convention. L'arbitrabilité est dite subjective en raison de la qualité d'une des parties, qui est un Etat, une collectivité publique, un établissement, un organisme public ou une personne physique. Dans cette hypothèse, c'est la qualité de la partie au débat arbitral qui interroge pour savoir si cette dernière a l'aptitude de compromettre, c'est-à-dire la capacité et les pouvoirs de le faire.

**189.** Qu'elle soit objective ou subjective, la notion d'arbitrabilité dépend de critères qui, en matière familiale, sont à la fois un gage de protection (Chapitre 1) et un facteur de dynamisme (Chapitre 2).



# **CHAPITRE 1 - LES CRITERES DE L'ARBITRABILITE : UN FACTEUR DE PROTECTION**

**190.** Les critères de l'arbitrabilité transcendent le caractère contractuel de l'arbitrage. De nombreux intérêts sont en jeu, se confrontent et se balancent. Pour mesurer toutes les spécificités de l'arbitrabilité en matière familiale, il semble important de s'adapter aux particularités de la matière et de tenir compte des évolutions techniques, psychologiques, scientifiques, etc. qui bousculent la matière.

**191.** Un critère de l'arbitrabilité est lié à l'indisponibilité des droits, gage de protection de ce qui est inestimable. Le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes est un principe essentiel du droit français, ainsi rappelé par la Cour de cassation notamment au sujet de trois arrêts relatifs à la reconnaissance en France d'actes d'état civil d'enfants issus d'une gestation pour autrui régulièrement mise en œuvre à l'étranger ainsi que sur les effets d'une possession d'état invoquée pour l'établissement de la filiation dès lors qu'elle est la conséquence d'une telle convention même si celle-ci était licite et reconnue dans le pays étranger<sup>212</sup>. Indépendamment de l'évolution au sujet de la gestation pour autrui, le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes a du sens. Il est des matières, des personnes, qui doivent être absolument protégées, comme l'enfant (section I), pour d'autres, des ouvertures sont envisageables, dans le respect notamment de l'ordre public (section II).

## **Section I - l'indispensable protection de l'enfant**

**192.** La « *notion magique* » d'un droit insaisissable : L'indispensable protection de l'enfant dans l'intérêt de l'enfant est internationalement reconnue. Cet intérêt de l'enfant, intérêt supérieur dans certains cas, si essentiel soit-il est quelque fois critiqué par la doctrine car il

---

<sup>212</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 6 avril 2011, pourvoi n° 09-17.130, Bull. 2011, I, n° 70 ; pourvoi n° 09-66.486, Bull. 2011, I, n° 71 et pourvoi n° 10-19.053, Bull. 2011, I, n° 72.

ressemble à une « *notion magique*<sup>213</sup> », à « *contenu variable*<sup>214</sup> », si souvent « *insaisissable, fuyante, changeante*<sup>215</sup> » et pour certains, il s'agit même d'une « *boîte où chacun met ce qu'il souhaite trouver*<sup>216</sup> ». Quelle que soit la difficulté sémantique, juridique, pratique, c'est une notion internationalement fondamentale.

**193. L'enfant, don royal, générateur de devoirs :** « *Les enfants doivent être considérés comme les seigneurs de l'atmosphère (lois de Manou) / se marier, avoir des enfants (Epictète, liste des devoirs, Entretiens, III, 7) / la Nature fait naître en nous un amour particulier pour ceux que nous avons procréés. Le souverain bien est de vivre conformément à la Nature (Cicéron, De Officiis, I, 4, et De Legibus, I, 21) / le plus grand respect est dû à l'enfance (Juvénal, XIV, 47) / le maître dit : les jeunes doivent toujours inspirer le respect (Confucius, Entretiens, IX, 22) / le massacre des femmes et surtout des enfants, qui devaient assurer l'avenir de la tribu, est ce qu'il y a de plus triste et c'est une grande amertume pour nous (récit indien de la bataille de Wounded Knee).*<sup>217</sup> » Ces exemples de « *devoirs vis-à-vis des enfants et de la postérité* », de sources anciennes liées à des cultures différentes, ne sont pas exhaustifs mais témoignent de l'importance de garantir, de respecter l'intérêt de l'enfant.

**194.** Cette protection juridique n'épargne cependant pas à certains enfants de terribles souffrances, eu égard aux violences qui leurs sont faites<sup>218</sup> ou dont ils doivent faire preuve pour survivre : enfant enlevé, enfant prostitué, enfant soldat, etc. mais elle a le mérite d'exister et d'être largement partagée, même si son contenu est à degré variable. Il s'agit d'une autre notion juridique sibylline afin d'être suffisamment souple et subjective pour s'adapter aux nombreux contextes juridiques, culturels, socio-économiques et à la diversité des réalités que l'être humain peut imaginer. C'est également une notion qui s'associe à d'autres et se développe au fil du temps, même en dehors du droit de la famille. La notion d'intérêt de l'enfant se distingue de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant et de celle du bien-être de l'enfant retenue notamment

---

<sup>213</sup> CARBONNIER J., *note sous la Cour d'appel de Paris, 30 avril 1959*, D. 1960.673, spéc. p.675.

<sup>214</sup> CARBONNIER J., *les notions à contenu variable dans le droit de la famille*, in PERELMAN C. et VANDER ELST R., *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, 1984, p.99, spéc. p. 104, in SIEW-GUILLEMIN A.-S., *La famille à l'épreuve des droits fondamentaux*, Droit. Université Côte d'Azur, 2017.

<sup>215</sup> BOURGUIGNON O., RALLU. J.- L., *Du divorce et des enfants, 1984*, p.99, spéc. p.104.

<sup>216</sup> DEKEUWER-DEFOSSEZ F., *Réflexion sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille*, RTD civ. 1995, p.249 et s., spéc. p. 265.

<sup>217</sup> LEWIS C.S., *The abolition of Man*, Oxford, 1943, traduit par FERNANDEZ I., *L'abolition de l'homme*, Ad Solem, 2015, Appendice, exemples du Tao, IV – Devoirs vis-à-vis des enfants et de la postérité.

<sup>218</sup> « *Deux morts par semaine, un viol toutes les heures, 73 000 victimes de violences par an : voilà le terrible bilan – certainement sous-évalué, car fondé uniquement sur les faits déclarés – de l'enfance maltraitée en France. À la suite de ces maltraitances, ce sont 300 000 enfants qui sont pris en charge et confiés à l'aide sociale à l'enfance (ASE) pour les protéger* » proposition de résolution de l'Assemblée nationale n°1628 du 30 janvier 2019.

en Allemagne mais aussi par certaines décisions jurisprudentielles<sup>219</sup>.

**195. Définition de l'enfant :** Au sens de l'article premier de la Convention internationale des droits de l'enfant (dite CIDE), un enfant « *s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable.* » De cette définition juridique, il résulte que le critère de l'âge est essentiel pour distinguer un enfant, soit une personne mineure, d'un adulte soit une personne majeure. Dans de nombreux pays, dans l'esprit de l'article 16 du Code civil français, « *la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie.* »

**196. Garantir l'intérêt supérieur de l'enfant, une considération primordiale :** La Convention internationale relative aux droits de l'enfant garantit l'intérêt supérieur de l'enfant en son article 3, et cet intérêt « *doit être une considération primordiale.* » A cet effet, selon l'article 27 de cette Convention, « *1. Les Etats parties reconnaissent le droit de tout enfant à un niveau de vie suffisant pour permettre son développement physique, mental, spirituel, moral et social. / 2. C'est aux parents ou autres personnes ayant la charge de l'enfant qu'incombe au premier chef la responsabilité d'assurer, dans les limites de leurs possibilités et de leurs moyens financiers, les conditions de vie nécessaires au développement de l'enfant. / 3. Les Etats parties adoptent les mesures appropriées, compte tenu des conditions nationales et dans la mesure de leurs moyens, pour aider les parents et autres personnes ayant la charge de l'enfant à mettre en œuvre ce droit et offrent, en cas de besoin, une assistance matérielle et des programmes d'appui, notamment en ce qui concerne l'alimentation, le vêtement et le logement. / 4. Les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées en vue d'assurer le recouvrement de la pension alimentaire de l'enfant auprès de ses parents ou des autres personnes ayant une responsabilité financière à son égard, que ce soit sur leur territoire ou à l'étranger. En particulier, pour tenir compte des cas où la personne qui a une responsabilité financière à l'égard de l'enfant vit dans un Etat autre que celui de l'enfant, les Etats parties favorisent l'adhésion à des accords internationaux ou la conclusion de tels accords ainsi que l'adoption de tous autres arrangements appropriés.* » Cette convention internationale relative aux droits de l'enfant est celle qui a été ratifiée par le plus grand nombre d'Etats signataires.

---

<sup>219</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 22 mai 2007, Bull. Civ., I, n°199, pourvoi n°06-12687 ; CA Rennes, 15 janvier 2013, n° de RG 11/01/01909.



**197. Rayonnement de l'intérêt de l'enfant :** Ladite Convention s'intègre dans la conception française de l'ordre public international. L'intérêt de l'enfant englobe notamment « *dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux*<sup>220</sup> ». L'intérêt de l'enfant est également visé par le Conseil constitutionnel<sup>221</sup>. Selon le doyen CARBONNIER, « *l'intérêt de l'enfant, que n'ignorait pas le droit antérieur, revient comme un principe péremptoire, dans toutes les lois, tous les jugements* »<sup>222</sup>, et ainsi il se décline dans différents domaines. Il est possible de l'évoquer dès sa conception, avec la question notamment du transhumanisme et de l'homme augmenté, mais aussi dans le cadre de l'autorité parentale et surtout en matière d'enlèvements internationaux ou de déplacement illicite.

**198. L'intérêt de l'enfant en danger face aux évolutions scientifiques :** Eugénisme, transhumanisme, homme augmenté, etc., autant de réalités qui pourraient, semblerait-il, être confrontées avec l'intérêt de l'enfant. « (...) *Dans ce bric à brac transhumaniste, la PMA pour toutes et la GPA sont des déclinaisons, des variantes, des options au gré des modes. (...) La PMA qui est historiquement une transposition dans l'espèce humaine des techniques d'élevage et d'amélioration des races animales est de nature antispéciste. Réduite à un appariement de cellules, rien ne distingue la conception d'un enfant de celle d'un animal. La PMA n'est donc jamais médicale tant que l'embryon humain peut être fait, défait, refait, parfait pour répondre à la solvabilité du marché. La véritable disruption transhumaniste n'est ni la PMA pour toutes ni la GPA, qui sont des bricolages surannés, mais l'hubris consistant à assembler l'humain sur une chaîne de montage, le trier, le congeler, le décongeler, l'augmenter, le transférer, le céder à des tiers, le livrer à la recherche, le disséquer sur des paillasses et le détruire à péremption. La détermination à voir un « progrès » dans la PMA est la première marche du transhumanisme.*<sup>223</sup> » Quid de l'intérêt de l'enfant face au transhumanisme ? Quid de l'arbitrabilité du tri, de l'augmentation, du transfert, de la cession, de la destruction à péremption ?

**199.** Ces changements scientifiques, des mœurs et des mentalités ont des incidences en matière de filiation (§1). Il s'avère de plus en plus indispensable de protéger l'enfant (§2).

---

<sup>220</sup> Article 7-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989.

<sup>221</sup> Conseil constitutionnel, décision du 17 mai 2013, considérant n°54 : « *l'adoption ne peut être prononcée que si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant* ».

<sup>222</sup> CARBONNIER J., *Droit et passion du droit sous la V<sup>ème</sup> République*, Champs Flammarion, éd.2008, p.231.

<sup>223</sup> LE MENE J.- M., PMA : la partie émergée d'un redoutable iceberg, Valeurs actuelles du 1er novembre 2018, p. 83-84, [http://www.genethique.org/fr/la-matrice-du-transhumanisme-est-cette-reconstruction-de-lhumain-que-la-fecondation-vitro-nous-70644#.W\\_J-4OhKjD4](http://www.genethique.org/fr/la-matrice-du-transhumanisme-est-cette-reconstruction-de-lhumain-que-la-fecondation-vitro-nous-70644#.W_J-4OhKjD4) consultable au 19 novembre 2018.

## §1. Les incidences en matière de filiation

**200.** La réplique est célèbre : « *Marius : comment ! toi aussi ! Mais, nom de Dieu, qui c'est le père ? Celui qui a donné la vie ou celui qui a payé les biberons ? César : le père, c'est celui qui aime*<sup>224</sup> ».

**201. Qu'est-ce que la filiation ?** Est-ce que la filiation indique un engendrement biologique, sociologique, symbolique, artificiel ? Est-ce un fait<sup>225</sup> qui serait marqué par la naissance d'un enfant engendré par des parents qui sont à l'origine de sa vie ? Est-ce un acte, celui de reconnaître un enfant auprès de l'état civil, afin que ce nouveau-né puisse avoir une existence juridique : un acte de naissance, une pièce d'identité, une personnalité juridique et des droits attachés ? Est-ce un droit : existerait-il un droit à établir sa filiation ?

**202. Droit à.../droit de...**une dialectique juridique ancienne qui n'est pas sans conséquence en matière de filiation. Existe-t-il un glissement juridique vers un droit à l'enfant ? Quid de l'accouchement sous « X » et des fins de non-recevoir ? Quid du choix de donner la vie sans établir de filiation ?<sup>226</sup> Quid de la volonté d'un enfant né de don(s) anonyme(s) qui voudrait connaître son origine ? Quid d'un droit de la filiation fondé sur la vérité biologique vers une filiation fondée sur la volonté, volonté qui peut faire et défaire ? etc.

**203. Une notion complexe au carrefour de nombreuses matières et questions :** Nombreuses sont les interrogations qui illustrent que le droit de la filiation n'est pas une évidence. Le droit de la filiation est assurément sensible et complexe. S'il est aussi complexe, c'est aussi parce qu'il cherche à prendre en considération les dimensions éthique, génétique, épigénétique, sociologique, anthropologique, politique, etc. de la filiation. Inscrire un enfant dans une généalogie<sup>227</sup>, une histoire de famille avec ses secrets, ses rebondissements et aléas,

---

<sup>224</sup> PAGNOL M. et ALLEGRET M., *Fanny*, film, 1932 (visible sur Youtube), d'après la pièce de Marcel Pagnol, Fanny, 1931.

<sup>225</sup> « *Toute personne trouve dans sa filiation son origine et souvent son avenir : nous sommes tous les fils ou les filles d'un père et d'une mère et, souvent, nous sommes le père ou la mère d'un enfant. La filiation est l'histoire et l'avenir d'une personne et d'une société. Juridiquement, elle se définit comme le lien de droit qui unit un individu à son père (filiation paternelle), à sa mère (filiation maternelle) ou à l'un d'eux seulement. Elle est à la base un fait naturel que le droit transforme en un fait juridique.* » FULCHIRON ET MALAURIE, *la famille*, op. cit., p.353.

<sup>226</sup> Le nombre d'enfants issus de procréation médicalement assistée ne cesse d'augmenter. Par exemple, au Japon, 54 110 enfants sont nés en 2016 par cette pratique, soit 3 109 de plus qu'en 2015. 44 678 bébés sont issus d'embryons ou de gamètes congelés, soit plus de 80%. La procréation médicalement assistée n'utilise pas nécessairement les ovocytes ni gamètes du couple mais ceux d'un – ou deux – donneur(s) : le donneur choisit de donner la vie sans établir de filiation.

<sup>227</sup> En ce sens, article 310 du Code civil français : « *tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux.* »

lui transmettre une identité ou un bout de celle-ci, *ad vitam eternam* ou ponctuellement, n'est pas chose aisée. Le temps en matière de filiation a toute son importance dans la mesure où il ponctue les délais de déclaration, justifie ou non une possession d'état, autorise ou non une action en contestation, motive ou non une action à des fins de subsides, permet ou non une adoption, etc. La filiation est également un sujet sensible dans la mesure où il concerne initialement un enfant (un enfant qui, potentiellement, au moment de sa reconnaissance, a la taille d'une graine de sésame et ressemble -physiquement et non génétiquement - plus à un têtard qu'à un être humain et que le droit ne reconnaît pas son existence).

**204. L'établissement de la filiation :** La filiation est « *légalement établie par l'effet de la loi, par la reconnaissance volontaire ou par la possession d'état constatée par un acte de notoriété. Elle peut aussi l'être par jugement (...).*<sup>228</sup> » La filiation peut également être adoptive, de manière simple ou plénière. L'institution de l'adoption ne se fonde pas sur une quelconque vérité biologique et n'est pas reconnue dans tous les Etats. Certains pays de droit musulman refusent le principe de l'adoption. L'institution qui s'en rapproche le plus sans lui ressembler, est celle de la kafala. La kafala ne constitue qu'un acte de délégation d'autorité parentale, n'a pas pour effet de permettre l'adoption de l'enfant, ni de le confier en vue de son adoption<sup>229</sup>. Traditionnellement, il était admis que la mère est celle qui accouche suivant l'adage *mater semper certa est*. « *Encore faut-il prouver l'accouchement de telle femme et l'identité de l'enfant avec celui dont cette femme est accouchée. A la Cour de France, les accouchements royaux se faisaient en public afin de rendre incontestable l'origine de l'enfant. Lors du premier accouchement de Marie-Antoinette, la foule était si dense dans la chambre royale que deux petits savoyards, dit-on, grimperent sur une commode pour mieux suivre la scène. La reine se trouva mal et le roi lui-même dut forcer une fenêtre pour faire entrer un peu d'air. Lors des accouchements suivants, le nombre de témoins fut réduit à une dizaine.*<sup>230</sup> » Mais cette preuve, cette certitude, sont aujourd'hui mises à l'épreuve par la science, en cas de procréation médicalement assistée ou de gestation pour autrui notamment, écartant toute évidence

---

L'enfant entre cependant dans une famille qu'il connaît de moins en moins : les généalogistes le constatent, notamment M. Guillaume ROEHRIG : « *jusqu'au XXe siècle, les généalogistes n'étaient pas utiles pour retrouver les héritiers, puisque tout le monde vivait dans le même village. Depuis un siècle, avec le développement de l'union libre, la multiplication des divorces, l'augmentation du nombre d'enfants nés hors mariage, l'allongement de la durée de la vie humaine, l'accroissement de la mobilité géographique ou l'isolement des personnes âgées, le contexte de la généalogie a changé. 25 % de nos recherches s'effectuent en ligne directe, ce qui aurait été impensable il y a 100 ans.* » et qu'il recherche de plus en plus comme l'attestent les publicités pour retrouver son origine et/ou certains membres de sa famille en effectuant un test ADN.

<sup>228</sup> Article 310-1 du Code civil français.

<sup>229</sup> Cass., civ. 2<sup>ème</sup>, 29 nov. 2012, n° 11-27.195, JurisData n° 2012-027462, note DEVERS A., *Kafala et allocation de base de la prestation d'accueil du jeune enfant*, Rev. Droit de la Famille, LexisNexis, février 2013, Comm. 34.

<sup>230</sup> FULCHIRON et MALAURIE, la famille, *op. cit.*, page 354.

applicable en la matière et également par la volonté, avec le développement du concept de la parentalité partagée ou celui de la pluriparentalité.

**205. La pluriparentalité et la parentalité partagée :** Au Canada, après l'admission de la parenté de même sexe, la Cour de l'Ontario a reconnu trois parents à un même enfant : la mère, la compagne de la mère et le père biologique. En Colombie britannique, le Family Law Act modifié en 2013, en son article 30, prévoit la possibilité qu'un enfant ait de multiples parents. L'ajout de parent peut même se faire contre la volonté des parents biologiques, selon un jugement de la Cour d'appel de l'Alberta du 5 juillet 2013<sup>231</sup>. Cette pluriparentalité tend vers une recherche de la vérité qui lie vérité biologique et vérité juridique, alors que cette vérité n'est pas recherchée lors de la création d'un lien de filiation par adoption. Le fait naturel instantané de la conception devient un fait juridique qui s'inscrit dans la durée – à partir du moment où l'enfant conçu est né vivant et viable – comme l'être humain lui-même né pour vivre dans la durée. Néanmoins, les règles juridiques, si elles se fondent sur des faits, n'en reflètent pas la vérité. Le droit extrapole les faits pour déterminer des principes sur lesquels se constitue une paix sociale. Cette paix sociale est un des fondements du droit depuis l'Antiquité, à un moment où la vérité scientifique ne pouvait pas être établie, obligeant ainsi l'institution de présomption. Cette concordance des vérités biologiques et juridiques est-elle opportune au regard de la paix sociale : si les parents d'intention ne veulent pas de la vérité biologique, si les parents biologiques ne désirent pas que la filiation implique notamment des effets alimentaires et/ou successoraux ? Au regard de l'intérêt de l'enfant, est-il pertinent pour lui d'avoir au minimum trois parents – si les parents d'intention se succèdent ou si, pour être conçu, son origine est liée à deux parents d'intention et trois parents biologiques (don de sperme, don d'ovocyte, mère porteuse) dont certains pourraient se rétracter ? Et si les vrais parents étaient ceux d'intention sans qui la naissance biologique n'aurait jamais eu lieu et qu'ils ne pourraient jamais se rétracter puisqu'ils seraient à l'origine de cette naissance ; le droit les enchaînerait dans une vérité juridique détachée de toute vérité biologique, le lien de filiation juridique le plus stable serait celui fondé sur une filiation incertaine dans la mesure où la preuve de la discordance entre la vérité biologique et juridique est facile à apporter ? Est-ce judicieux de chercher un lien stable, indissoluble, *ad vitam eternam*, alors que la sphère juridique accorde une place de plus en plus importante à la volonté ? La Cour d'Appel de Montpellier, le 14 novembre 2018<sup>232</sup>, a accordé

---

<sup>231</sup> CA de l'Alberta, 5 juillet 2013, D.W.H. v. D.J.R., 2013 ABCA 240.

<sup>232</sup> CA MONTPELLIER, 14 novembre 2018 : « (...) La Cour, statuant par arrêt contradictoire, rendu par mise à disposition au greffe déclare irrecevable la pièce intitulée « vers un droit spécial de la filiation » (recueil Dalloz 2018) communiquée le 4 septembre 2018, confirme le jugement en ce qu'il a rejeté la demande de transcription sur les registres de l'état civil de la reconnaissance de maternité de Madame V. à l'égard de l'enfant M. D.. Y

le statut de « *parent biologique* » à une personne transsexuelle, père biologique de l'enfant, mère d'intention de ce dernier, qui, né homme, sans avoir subi d'intervention chirurgicale, vit en fait et en droit comme une personne de sexe féminin. Ces questions pourraient-elles être arbitrables ou doivent-elles être réglées abstraitement par la loi ? L'arbitrabilité serait-elle plutôt liée à la question financière qui découle de ces problématiques : une fois né, un enfant doit être élevé, et cela a un coût qui s'appréhende dans la durée ?

**206. Vers un changement de paradigme :** En Belgique, un arrêt de la Cour constitutionnelle du 7 février 2019 rendu à la suite des questions préjudicielles relatives aux articles 322 et 322 quinquies paragraphe 3 du Code civil posées par le Tribunal de première instance du Hainaut, division Mons, a privilégié la filiation d'intention à la vérité biologique. Cet arrêt rappelle que « *lors des travaux préparatoires relatifs à la loi du 5 mai 2014 « portant établissement de la filiation de la coparenté », il a été relevé : « l'établissement du lien de filiation du co-parent ne se fonde toutefois pas sur la réalité biologique. A cet égard, il peut être souligné que le droit de la filiation actuel ne repose plus non plus uniquement sur la réalité biologique. Dans plusieurs situations, un homme peut déjà être le père juridique d'un enfant sans avoir de lien biologique avec celui-ci : [...]. Il en est de même pour la filiation à l'égard d'enfants nés de la procréation médicalement assistée » (...) » Il ressort de ce qui précède que, lorsqu'il envisage la situation des enfants nés grâce à la mise en œuvre d'une technique de procréation médicalement assistée exogène, le législateur entend permettre l'établissement et le maintien du lien de filiation vis-à-vis des auteurs du projet parental, nonobstant l'absence de lien biologique.*<sup>233</sup>(...) » La Cour fonde également son argumentation au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant, intérêt primordial au sens de la Convention internationale des droits de l'enfant. A l'issue de son argumentation, la Cour statue ainsi : « *Par ces motifs, la Cour dit pour droit : l'article 322 quinquies paragraphe 3 du Code civil viole les articles 10, 11 et 22 de la Constitution en ce qu'il fait obstacle à l'établissement judiciaire de la paternité de l'homme qui est le co-auteur du projet parental dont est issu un enfant conçu grâce à la mise en œuvre d'une technique de procréation médicalement assistée exogène.* (...)»<sup>234</sup> »

---

*ajoutant, et par substitution de motifs : constate que le lien biologique unissant l'enfant M. D. à Madame V. née (...) à (...) n'est pas contesté ; dit qu'il est de l'intérêt de l'enfant M. D. née (...) à (...) de voir ce lien biologique retranscrit sur son acte de naissance sous la mention de Madame (...) V. née le (...) à (...) comme « parent biologique » de l'enfant ; ordonne la transcription de cette mention sur l'acte de naissance de l'enfant M. D. ; dit, qu'en application des dispositions de l'article 331 du Code civil, que Madame V. exercera avec Madame D. toutes les prérogatives de l'autorité parentale sur l'enfant M. D. ; déboute les parties de leurs autres demandes (...) ».*

<sup>233</sup> Cour constitutionnelle belge, arrêt n°19/2019 du 7 février 2019, numéro du rôle : 6794.

<sup>234</sup> Cour constitutionnelle belge, arrêt n°19/2019 du 7 février 2019, numéro du rôle : 6794.

**207.** Cet arrêt, comme celui de la Cour d'appel de Montpellier qui reconnaît le « parent biologique », dessinent ce qui semblerait être un nouveau droit de la filiation. « *Si la grande réforme du droit de la filiation, en 1972, poursuivait deux objectifs (l'un d'égalité et l'autre de vérité), le rapport Théry-Leroyer met en exergue l'émergence de « nouvelles » valeurs familiales (les valeurs de transmission, de dévouement, d'attention, de soin et d'éducation) qui lient les générations, les adultes et les enfants. (...) Le rapport plaide pour une réforme de la filiation reposant sur une distinction non plus entre la vérité biologique et la vérité sociologique mais entre la filiation et ses modalités d'établissement. Rompant avec l'idée de pluralité des filiations, le rapport défend l'idée d'unité de la filiation : un lien de parenté commun à tous. S'agissant en revanche de l'établissement de la filiation, une place serait faite à la pluralité en distinguant l'engendrement par procréation charnelle, l'adoption et l'engendrement avec tiers donneur. Le constat est en effet que la filiation peut reposer tant sur la procréation que sur l'engagement parental d'un couple envers un enfant.*<sup>235</sup> »

**208. Indisponibilité, ordre public en matière internationale et filiation :** Divers arrêts de la Cour de cassation sont rendus en matière de filiation et déterminent par touches successives la conception française de l'ordre public international dans ce domaine<sup>236</sup>.

**209. Indisponibilité des actions relatives à la filiation :** Le principe de l'indisponibilité des actions relatives à la filiation est consacré par l'article 323 du Code civil

---

<sup>235</sup> DEVERS A., *Filiation, origines, parentalité. L'avis de l'avocat*, Droit de la famille, n°9, LexisNexis, septembre 2014, dossier n°4, paragraphes n°3 et 5, p.12.

<sup>236</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, le 10 février 1993, pourvoi n° 89-21.997, Bull. 1993, I, n° 64 : « *si les lois étrangères qui prohibent l'établissement de la filiation naturelle ne sont, en principe, pas contraires à la conception française de l'ordre public international, il en est autrement lorsque ces lois ont pour effet de priver un enfant français ou résidant habituellement en France, du droit d'établir sa filiation* », dans le même sens, Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 10 mai 2006, pourvoi n° 05-10.299, Bull. 2006, I, n° 226, D. 2006, p. 2890, note G. Kessler et G. Salamé : « *l'enfant n'a[yant] pas la nationalité française et ne résid[ant] pas en France* », l'impossibilité d'établir la filiation naturelle selon le droit désigné par la règle de conflit n'était pas contraire à la conception française de l'ordre public international. En revanche, la Cour de cassation a jugé que la loi ivoirienne qui prohibe la recherche de la paternité naturelle est contraire à l'ordre public international français dans la mesure où elle prive l'enfant d'établir sa filiation paternelle : Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 26 octobre 2011, pourvoi n° 09-71.369, Bull. 2011, I, no 182. La Cour de cassation a également jugé que n'est pas contraire à l'ordre public français en matière internationale, la loi étrangère qui prohibe l'adoption dès lors qu'existe la kafala, Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 15 décembre 2010, pourvoi n° 09-10.439, Bull. 2010, I, n° 265 ; Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 7 octobre 2015, pourvoi n° 14-14702, Bull. 2016, n°837, 1<sup>ère</sup> civ., n°305 : « *N'est pas contraire à l'ordre public international français la loi étrangère qui ne soumet l'exercice de l'action en constatation judiciaire de paternité à aucun délai de prescription* » ; Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 7 octobre 2015, pourvoi n° 14-20144, non publié au Bulletin : « *attendu que, pour déclarer irrecevable cette action, l'arrêt retient qu'est contraire à l'ordre public français l'établissement d'une filiation contredisant une filiation légalement établie ; qu'en statuant ainsi, sans avoir, au préalable, invité les parties à présenter leurs observations sur ce moyen relevé d'office, la Cour d'appel a violé le texte susvisé* ». Cassation. L'affaire a été renvoyée devant la Cour d'appel de Paris qui a statué le 21 novembre 2017 (CA PARIS, Pôle 1, ch. 1, 21 novembre 2017, RG : 16/18307).

français<sup>237</sup>. Par conséquent, un arbitrage ne peut pas être envisagé sur ce point en l'état actuel du droit, sauf refonte totale du droit de la filiation. Les actions étaient auparavant imprescriptibles, l'ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 a établi de nouveaux délais. Après l'imprescriptibilité et l'immutabilité, serait-ce le tour de l'indisponibilité ? Si un nouveau droit de la filiation se crée sur de nouveaux piliers, l'arbitrabilité pourrait être envisagée.

**210.** *L'état des personnes : indisponibilité et ordre public* : Le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, comme étant contraire à l'ordre public, s'illustre notamment à travers la prohibition, en droit français, de la gestation pour autrui<sup>238</sup>, mais pour combien de temps<sup>239</sup> ? Cette prohibition s'applique également aux conséquences qui en découlent en matière de filiation. La Cour de cassation a ainsi jugé « *qu'en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil* »<sup>240</sup>. Ce principe de l'indisponibilité de l'état des personnes est plus limité que le principe de l'indisponibilité du corps humain et n'est pas considéré contrevenir à l'intérêt supérieur de l'enfant. La Cour de cassation a précisé que l'intérêt supérieur n'était pas de nature à neutraliser l'ordre public international français, car ces enfants, n'étant pas privés d'une filiation maternelle et paternelle, que le droit étranger leur reconnaît, ni empêchés de vivre avec les requérants, la prise en compte primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant ne commandait pas que la contrariété à l'ordre public international français de ces jugements étrangers soit écartée.

**211.** Ce principe d'ordre public d'indisponibilité de l'état des personnes est actuellement remis en question. En ce sens, un Rapport pour la légalisation de la gestation pour

---

<sup>237</sup> Article 323 du Code civil français : « *Les actions relatives à la filiation ne peuvent faire l'objet de renonciation.* »

<sup>238</sup> Article 16-7 du Code civil français : « *Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* », corroboré par l'article 16-9 de ce code : « *Les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public.* » ; Cass., Ass. plén., 31 mai 1991, pourvoi n° 90-20.105, Bull. 1991, Ass. plén., n° 4 : « *La convention, par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance, contrevient aux principes d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes. Dès lors, encourt la cassation l'arrêt qui, pour prononcer l'adoption plénière d'un enfant, retient d'abord qu'en l'état actuel des pratiques scientifiques et des mœurs, la méthode de la maternité substituée doit être considérée comme licite et non contraire à l'ordre public, ensuite que cette adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant qui a été accueilli et élevé au foyer de l'adoptant pratiquement depuis sa naissance, alors que cette adoption n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble qui, destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant conçu en exécution d'un contrat tendant à son abandon à la naissance par sa mère, constituait un détournement de l'institution de l'adoption* ».

<sup>239</sup> Aux Pays-Bas, depuis 2019, la gestation pour autrui est ouverte à tous les couples, hétérosexuels ou non.

<sup>240</sup> Cass., civ. 1ère, 6 avril 2011 : trois arrêts : pourvoi n° 09-17.130, Bull. 2011, I, n° 70 ; pourvoi n° 09-66.486, Bull. 2011, I, n° 71 ; pourvoi n° 10-19.053, Bull. 2011, I, n° 72.

autrui du 24 septembre 2018, du *Think Tank GenerationLibre* a été établi afin de reconnaître que la gestation pour autrui constitue un droit fondamental. Aux termes de ce rapport, ils prétendent rendre aux femmes la libre disposition de leurs corps et valoriser la notion de projet de parenté. Outre certaines revendications politiques de plus en plus fréquentes, comment le principe de l'ordre public de l'indisponibilité de l'état des personnes pourra-t-il résister face aux poids des avancées scientifiques mondiales : l'ectogenèse qui permet la reproduction hors du corps de la femme grâce à des machines, les cellules souches, la création d'humains améliorés et les bébés génétiquement modifiés, probablement de plus en plus nombreux puisque le 10 septembre 2018, la Cour d'appel des Etats-Unis a rendu une décision sur les droits concernant l'outil CRISPR Cas9 - les ciseaux ADN - en accordant le brevet au Broad Institute de Harvard et au Massachusetts Institute of Technology ; le rajeunissement des ovules des femmes âgées, la production de gamètes, l'ingénierie génétique, la biochirurgie, les nanotechnologies, la robotique, les imprimantes 3D, l'utilisation, aux Etats-Unis, de tissus provenant de fœtus humains avortés pour créer des « souris chimériques », c'est-à-dire dotées d'un système immunitaire humain, à des fins de recherche, etc. ?

**212.** La maternité de substitution est devenue un marché mondial qui génère juridiquement de nombreuses difficultés techniques notamment au niveau de la filiation et de la nationalité des enfants qui « *peuvent être abandonnés, apatrides et sans parents* » dans l'Etat de leur naissance, leur famille recourant à des mesures désespérées, parfois illégales, pour tenter de les ramener « chez eux », ces enfants peuvent se voir reconnaître une filiation juridique « boiteuse », avec les problèmes de protection des enfants qui en découlent. Ces problèmes et les autres difficultés que posent ces conventions pour la protection de l'enfance touchent aux droits et intérêts fondamentaux de l'enfant, notamment le droit de ne pas subir de discrimination fondée sur la naissance ou la situation de ses parents, le droit à ce que son intérêt supérieur soit la considération primordiale dans tous les actes qui le concernent, et le droit d'acquérir une nationalité et de préserver son identité. Il convient aussi de prêter attention à la possible vulnérabilité de toutes les parties aux conventions de maternité de substitution internationales, vulnérabilité qui suscite des préoccupations relatives à l'exploitation et aux difficultés qui peuvent découler de l'absence de réglementation des intermédiaires, notamment la traite des femmes et des enfants, mais aussi aux conventions indépendantes.<sup>241</sup> » Sur le plan international, serait-il possible d'arbitrer lorsque des mères de substitution se retrouvent

---

<sup>241</sup> Conférence de la Haye de Droit international privé, affaires générales et politiques, rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international, établi par le Bureau permanent, mars 2012, p.4 et 5.



obligées d'éduquer l'enfant afin de ne pas être condamnées à quinze ans de prison ?<sup>242</sup>

**213.** En revanche, il est très aisé, à partir de n'importe quel moteur de recherche Internet, de trouver une mère de substitution qui correspond aux critères des parents d'intention quant à sa nationalité, religion, niveau d'éducation, hygiène de vie, etc. dans l'Etat qui leur convient, même dans des pays où cette pratique est interdite<sup>243</sup>.

**214.** En Inde, un comité d'experts a récemment été nommé pour réfléchir à une réglementation en la matière, notamment à la suite d'un démantèlement, à Delhi, d'un trafic d'enfant rattaché à un centre de gestation pour autrui<sup>244</sup>. Il n'en demeure pas moins qu'actuellement il est possible de trouver aux termes d'un contrat de mère de substitution une clause d'arbitrage, ainsi rédigée : « *Tout différend relatif à la présente convention ou à sa violation doit être réglé par arbitrage en \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, conformément aux règles en vigueur de l'American Arbitration Association, et le jugement de la sentence rendue par les arbitres peut être inscrit devant tout tribunal compétent ici. Frais d'arbitrage, y compris les honoraires raisonnables d'avocat de la partie gagnante, par la partie désignée par l'arbitre ou le tribunal. Si une partie rejette ou abandonne la demande ou la demande reconventionnelle avant d'entendre celle-ci, l'autre partie est réputée être la "partie gagnante" aux termes du présent accord. Si les deux parties reçoivent jugement ou sentence sur leurs demandes respectives, la partie en faveur de laquelle le jugement ou la sentence est rendu est réputée être la "Partie gagnante" aux termes du présent Accord.* »<sup>245</sup>.

---

<sup>242</sup> « Trente-deux mères porteuses arrêtées à Phnom Penh en juin dernier, ont été libérées en échange de la promesse écrite de garder leur enfant, sans l'envoyer aux Chinois commanditaires « En échange de notre libération, nous devons promettre que nous élèverons nos bébés jusqu'à l'âge de 18 ans. [Les autorités] vont nous surveiller... si le bébé part, je serai envoyée à la prison de Prey Sar », explique l'une d'entre elles. Un mari a déclaré qu'il était « prêt à ramener le bébé de sa femme à la maison ». Une autre mère va élever seule son bébé. Les femmes étaient inculpées d'« acte de vente, d'achat ou d'échange de personnes contre un transfert transfrontalier », ce qui est interdit par la loi sur l'abolition du trafic humain et de l'exploitation sexuelle. Elles ont été libérées principalement pour « motifs humanitaires », explique un haut responsable de la police membre du Committee for Counter-Trafficking (Comité de lutte contre la traite), parce qu'elles sont enceintes ou jeunes mères. Celles qui ne tiendraient pas leur promesse d'éduquer l'enfant risquent quinze ans de prison. (...) », source The Phnom Penh Post, Kong Meta (05/12/2018), Tribune India (06/12/2018), citées in <http://www.genethique.org/fr/> le 5 décembre 2018.

<sup>243</sup> Sur un site internet, il est possible de sélectionner de nombreux critères qui concernent la mère de substitution, et de constater qu'il en est recensé : 4526 aux Etats-Unis, 453 en Angleterre, 356 en Inde, 223 en Afrique du Sud, 188 aux Philippines, 29 Emirats Arabe Unis, 37 au Zimbabwe, 19 en France, 11 en Russie, 9 en Arménie, 7 en Suisse, 6 au Pérou, 4 au Qatar, 2 en Norvège.

<sup>244</sup> Vol dans un centre de FIV des échantillons de sperme et des ovocytes puis vente à des couples sans enfant soit pour une grossesse quand la femme pouvait accoucher, soit en passant par une mère porteuse, c'est particulièrement dans cette seconde hypothèse qu'un trafic d'enfant s'en suivait. Les responsables du centre ainsi que certains parents ayant acheté ces enfants ont été arrêtés.

<sup>245</sup> « *Any and all disputes relating to this Agreement or breach thereof shall be settled by arbitration in \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, in accordance with then current rules of the American Arbitration Association, and judgment upon the award entered by the arbitrators may be entered in any Court having jurisdiction hereto. Costs of arbitration, including reasonable attorney's to the prevailing party by the Party designated by the Arbitrator or Court. Should one party either dismiss or abandon the claim or counterclaim*

**215.** La gestation pour autrui est un domaine où la matière contractuelle, et non la philanthropie, a une place prépondérante, aussi, l'arbitrabilité en la matière pourrait être rattachée au droit de propriété, si l'embryon porté est celui du couple ; au contrat de dépôt précédé d'un éventuel droit de rétractation de la mère porteuse préalablement à l'insémination ; à des actions en responsabilité si l'équipe médicale n'a pas implanté le bon embryon mais celui d'un autre couple ou si la mère porteuse ne respecte pas une règle du contrat – des règles strictes qui régissent son régime alimentaire et le nombre de rapports sexuels possibles lors de la grossesse - ; à des versements de dommages et intérêts si le « produit fini » ne répond pas au cahier des charges initialement prévu, a fortiori si cette discordance ne résulte pas d'une anomalie génétique mais d'une négligence ou imprudence de la mère porteuse, s'il y a une lésion ; à un versement d'une astreinte, à des clauses pénales, si la « livraison » n'est pas effectuée dans les délais par la mère porteuse, à la question des vices du consentement des parties en cas d'erreur, de dol ou de violence, etc..

**216.** Des problématiques éthiques et juridiques sources de débats, contentieux, qui s'inscrivent peut-être dans une limite temporelle : des scientifiques chinois ont publié un article qui démontrait qu'ils avaient réussi à fabriquer des souriceaux à partir de deux femelles. Ces souriceaux ont survécu et donné une descendance. Ces scientifiques auraient réussi à neutraliser les régions du génome « à empreinte » paternelle ou maternelle qui rendent nécessaire la fécondation hétérosexuelle. En extrapolant ce procédé aux embryons humains, et développant l'utérus artificiel et/ou les greffes d'utérus *post mortem*, etc., la gestation pour autrui pourrait ne plus être utilisée. D'autres horizons, d'autres contentieux, s'ouvriront probablement alors et la place de l'arbitrage pourrait de nouveau être en question, notamment avec « *le transhumanisme dont l'eugénisme est l'une des clés qui permet de concrétiser le passage de*

---

*before hearing thereon, the other Party shall be deemed the "Prevailing Party" pursuant to this Agreement. Should both parties receive judgment or award on their respective claims, the party in whose favor the larger judgment or award is rendered shall be deemed the "Prevailing Party" pursuant to this Agreement. »* Clause d'un contrat applicable entre l'Inde et le Massachusetts (Etats-Unis).

Voir aussi <http://maryellensurrogate.blogspot.com/2013/07/surrogacy-contract-example.html> version consultable au 8 mars 2019 : « *Surrogacy Contract Agreement Between \_\_\_\_\_ and \_\_\_\_\_ THIS AGREEMENT is made this \_ day of \_\_\_\_\_ 2013, by and between (fathers name) and (mother's name) (hereinafter referred to as "Genetic Father and Genetic Mother" or collectively as "Genetic Parents") and \_\_\_\_\_ (hereinafter referred to as "Embryo Carrier"). (...) Arbitration : Any and all disputes relating to this Agreement or breach thereof shall be settled by arbitration in by Utah State Court Mediator Jodie Jones 146 N Stone Mountain Dr. St George UT 84770, Phone # (435) 632-3136 or (435) 628-3166 in accordance with then current rules of the American Arbitration Association, and judgment upon the award entered by the arbitrators may be entered in any Court having jurisdiction hereto. Costs of arbitration, including reasonable attorney's to the prevailing party by the Party designated by the Arbitrator or Court. Should one party either dismiss or abandon the claim or counterclaim before hearing thereon, the other Party shall be deemed the "Prevailing Party" pursuant to this Agreement. Should both parties receive judgment or award on their respective claims, the party in whose favor the larger judgment or award is rendered shall be deemed the "Prevailing Party" pursuant to this Agreement. (...)* »

*l'homme diminué à l'homme augmenté*<sup>246</sup> ».

**217.** Il n'en demeure pas moins que « *l'inarbitrabilité du litige est selon nous une solution à défendre, tant les conceptions françaises, bien que fragilisées récemment, sont opposées à ce genre de pratiques et donc de contrats.* »<sup>247</sup> Cette fragilité est encore plus grande à l'heure de la révision du Code civil français actuellement en cours, à la mode de la parentalité copartagée, à la tendance de la gestation pour autrui, où sentiments et volonté des adultes règnent en maître, indépendamment de toutes les recommandations qui pourraient être émises par des médecins, des experts, des juristes et autres professionnels.

**218. La protection de la filiation à des fins de non-arbitrabilité des litiges :** Cette institution devrait probablement être un des derniers bastions de l'arbitrabilité des litiges en matière familiale eu égard à sa nature. Si ce droit à la fois si fragile et si fort, tant juridiquement qu'humainement, se retrouve complètement bouleversé comme le laisse penser le mouvement de fond qui émerge, alors, l'arbitrabilité pourrait être envisagée. Cela ne serait pas sans regret dans la mesure où, sans être exhaustifs, cela impliquerait d'envisager l'arbitrabilité internationale du désir d'enfant avec un parent prédécédé<sup>248</sup>, du désir de la mère d'être le père

---

<sup>246</sup> <http://www.assemblee-nationale.fr/15/cr-bioethique/18-19/c1819039.asp> LE MENÉ J.- M., Président de la Fondation Jérôme Lejeune, intervention lors de la Mission d'information de la Conférence des présidents sur la révision de la loi relative à la bioéthique, Mardi 23 octobre 2018, Séance de 17 heures 10, Compte rendu n° 39, Présidence de M. Xavier BRETON, président, version consultable au 26 novembre 2018.

<sup>247</sup> RACINE J.- B., *L'arbitrabilité des litiges de droit de la famille*, Droit et patrimoine, n°275, 1<sup>er</sup> décembre 2017, p.26 et s..

<sup>248</sup> Cour européenne des droits de l'Homme, affaire DALLEAU introduite le 3 décembre 2018, requête n°57307/18, un communiqué du 29 mai 2019 interroge les parties. Cette affaire concerne le refus des autorités françaises d'autoriser l'exportation de gamètes en vue d'une insémination *post-mortem* en Espagne. Madame Dalleau est née en France, réside en France, n'a pas de lien avec l'Espagne et son compagnon n'a pas exprimé avant son décès la volonté que ses paillettes soient utilisées *post mortem*. Il était indiqué que celles-ci seraient détruites à son décès, qu'elles lui étaient strictement personnelles. Sur ces fondements, les juges français ont considéré que la requérante ne démontrait pas l'existence d'une circonstance particulière qui constituerait une ingérence disproportionnée dans ses droits garantis par la Convention européenne des droits de l'Homme et plus particulièrement au titre de l'article 8 de ladite Convention. La Cour européenne des droits de l'Homme a donc été saisie. Cette dernière vise notamment l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 31 mai 2016, n°396848, qui avait enjoint les autorités françaises de prendre toute mesure pour permettre l'exportation des gamètes litigieuses vers un établissement de santé espagnol autorisé à pratiquer des procréations médicalement assistées *post-mortem*. Au regard de la loi espagnole 14/2006 sur les techniques de reproduction humaine assistée, tout homme peut indiquer, dans un testament, dans un acte authentique ou des directives anticipées, son souhait de voir ses gamètes utilisés après son décès pour provoquer une grossesse chez son épouse ou sa compagne. Dans cette hypothèse, le lien de filiation est établi si l'intervention a lieu dans l'année du décès. Le Conseil d'état, le 31 mai 2016 énonçait notamment « *dans ces conditions et en l'absence de toute intention frauduleuse de la part de la requérante, dont l'installation en Espagne ne résulte pas de la recherche, par elle, de dispositions plus favorables à la réalisation de son projet que la loi française, mais de l'accomplissement de ce projet dans le pays où demeure sa famille qu'elle a rejointe, le refus qui lui a été opposé sur le fondement des dispositions précitées du Code de la santé publique – lesquelles interdisent toute exportation de gamètes en vue de l'utilisation contraire aux règles du droit français – porte, eu égard à l'ensemble des circonstances de la présente affaire, une atteinte manifestement excessive à son droit au respect de la vie privée et familiale protégé par des stipulations de l'article 8 de la*

de l'enfant<sup>249</sup>, sur une demande – ou une application – d'une présomption de maternité pour la femme de la mère qui a accouché<sup>250</sup>, sur le désir d'avoir deux mères pour un enfant<sup>251</sup>, sur l'obligation d'un Etat d'instituer l'homoparentalité<sup>252</sup>, sur le désir d'être déclaré mère d'un enfant conçu et porté par d'autres femmes sur le simple fait de la naissance<sup>253</sup>, des conséquences médicales d'une grossesse à l'origine du lien de filiation<sup>254</sup>, et bien d'autres litiges qui phagocyteraient les sentiments, les désirs, l'être humain en un droit patrimonial.

**219. Les conséquences de la filiation :** De surcroît, une action relative à la filiation implique quelquefois d'autres points. En application de l'article 331 du Code civil français, dans le cadre d'une action aux fins d'établissement de la filiation, « *le juge statue, s'il y a lieu, sur l'exercice de l'autorité parentale, la contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant ainsi que sur l'attribution du nom* »<sup>255</sup>. Le juge français n'est pas le seul à agir en ce sens. L'article

---

*Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Il porte, ce faisant, une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale (...) »*

Il a été enregistré à l'Assemblée nationale le 11 janvier 2019, une proposition de résolution n°1568 invitant le gouvernement à proposer un moratoire international interdisant l'insémination *post-mortem* et le transfert d'embryons conçus avant le décès de l'homme, présentée par Madame Marie-France LORHO, députée.

<sup>249</sup> Affaire O.H. et G.H contre Allemagne, n°53568/18 et 54941/18, communiqué de février 2019 sur le fondement des articles 8 et 14 de la Convention EDH, une femme devenue homme a été inscrite en tant que mère de l'enfant sur le registre de l'état civil qui évoque une discrimination et souhaite que cette personne soit indiquée comme père de l'enfant sur le registre de l'état civil.

<sup>250</sup> Affaire R.F. et autres contre Allemagne, n°46808/16, un couple de femmes a donné naissance à un enfant, l'une par un don d'ovule, l'autre pour l'avoir porté, avec l'aide d'un tiers donneur pour le sperme, schéma interdit en Allemagne, revendique une présomption de maternité en faveur de celle qui n'a pas accouché au motif qu'il existe une discrimination au titre de la présomption de paternité qui n'a pas son corollaire en cas de maternité. Aussi, à l'instar de la présomption de paternité qui existe dans les couples hétérosexuels, elles revendiquent une présomption de maternité pour les couples de femmes.

<sup>251</sup> Affaire S.W. et autres contre Autriche, n°1928/19 pour un effacement de toute différenciation biologique sur les extraits d'acte d'état civil de telle sorte qu'un enfant puisse avoir deux mères.

<sup>252</sup> Affaires A.D.- K. et Schlittner-Hay contre Pologne, n°30808/15, 56846/15, 56849/15 pour la reconnaissance des couples homosexuels d'un droit à être considérés comme parents d'enfants nés par procréation médicalement assistée ou gestation pour autrui, discrimination en raison de leur homosexualité qui a notamment des incidences en matière de nationalité et de droits successoraux.

<sup>253</sup> Affaires Pierre Anne Braun contre France n°1462/18, Saenz et Saenz Cortes contre France n°11288/18, Maillard contre France n°17348/18 : des mères commanditaires revendiquent la maternité d'enfant qui n'ont pas de liens biologiques avec elles et sont nés par gestation pour autrui à l'étranger, cette revendication se fonde sur le simple fait de la naissance.

<sup>254</sup> Dans le cadre d'une procréation médicalement assistée (PMA), le risque de cancer pour la mère est accru, l'augmentation varie de 15 à 30% pour le risque de cancer du sein par exemple lorsqu'une femme a une induction ovarienne. Il existe également un risque léthal pour la mère lorsque la PMA est réalisée avec des embryons congelés : quid de l'arbitrabilité sur les risques médicaux encourus pour établir la filiation, quid de l'arbitrabilité pour une filiation qui ne pourrait pas aboutir en cas de limitation du nombre de cycles, quid de l'arbitrabilité relative à une filiation d'un enfant qui souffrirait d'une pathologie lorsque les parents voulaient établir une filiation d'un enfant augmenté, quid de l'arbitrabilité du litige où un enfant né par PMA reprocherait à ses parents le fait d'être en vie, préjudice qu'il justifierait en raison d'une infirmité médicale ou d'un mal-être social ? Quid de l'arbitrabilité de la filiation d'un enfant qui dispose de gènes de plusieurs parents tous acteurs d'une parentalité partagée ? L'arbitrabilité des litiges devrait-elle être envisagée pour résoudre tous les litiges éthiques, épigénétiques, génétiques qui entourent la filiation ?

<sup>255</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 3 octobre 2018, n°17-23.627, F-P+B : un couple hétérosexuel déclare la naissance de leur enfant à l'état civil. Quelques mois plus tard, un homme prétend être le père de cet enfant et intente une action en

133 du Code civil suisse énonce que « *le juge règle les droits et les devoirs des père et mère conformément aux dispositions régissant les effets de la filiation. Cette réglementation porte notamment sur : 1. l'autorité parentale ; 2. la garde de l'enfant ; 3. les relations personnelles (art. 273) ou la participation de chaque parent à la prise en charge de l'enfant ; 4. la contribution d'entretien. / Le juge tient compte de toutes les circonstances importantes pour le bien de l'enfant ; il prend en considération une éventuelle requête commune des parents et, autant que possible, l'avis de l'enfant. / Il peut fixer la contribution d'entretien pour une période allant au-delà de l'accès à la majorité.* » Aussi est-il indispensable de protéger l'enfant au cœur du conflit (§2).

## **§ 2. L'indispensable protection de l'enfant au cœur du conflit**

**220.** A l'époque du droit à l'enfant, à la prépondérance de la liberté et de la volonté individuelle des majeurs dans la force de leur âge et de leur capacité, s'intéresser à la vulnérabilité de l'enfant au cœur du conflit ressemble à de la faiblesse, à un contre-courant de la pensée sociétale actuelle. Pourtant, lorsqu'un conflit éclate, une des premières victimes, une des premières personnes qui subit le choix d'autrui pour toute sa vie, c'est l'enfant. Dans les cas les plus graves, l'enfant est retiré de sa famille. La société se substitue alors et organise la nouvelle vie de l'enfant afin de l'intégrer dans un foyer, une famille d'accueil ou d'autres institutions. Il s'avère qu'une proposition de résolution déposée à l'Assemblée nationale le 5 février 2019 tendant à la création d'une commission d'enquête sur le fonctionnement de l'aide sociale à l'enfance n°1628 indique que 40% des personnes sans domicile fixe de moins de 25 ans sont des anciens enfants placés, certains se sont retrouvés à la rue le jour de leurs dix-huit ans, sans logement, sans famille et très souvent (70% d'entre eux) sans diplôme. Aussi, la protection de l'enfant est indispensable, particulièrement dans deux domaines, en matière d'autorité parentale (A) et d'enlèvements internationaux (B).

---

contestation de paternité afin d'établir sa paternité. Cette demande lui est accordée et accompagnée d'une décision en matière d'exercice de l'autorité parentale. Le pourvoi formé par le couple initialement tous deux parents de l'enfant est rejeté dans la mesure où les articles 331 et 372 du Code civil étaient respectés.

## A. Les incidences en matière de responsabilité parentale

**221. L'autorité parentale, une notion à degré variable :** L'autorité parentale<sup>256</sup> doit être exercée par les parents, de même sexe ou non, à égalité. Ce principe a été dégagé par la jurisprudence sur le fondement des principes essentiels du droit français<sup>257</sup>. Mais cette notion d'autorité parentale n'est pas universelle. *« La majorité des lois d'inspiration coranique organise une attribution de l'autorité parentale après divorce ou répudiation selon un système apparemment inégalitaire entre les parents ou au moins fondé sur l'idée de la « spécificité des rôles et de complémentarité des statuts ». Les droits liés à la minorité de l'enfant sont scindés en deux institutions, dont les prérogatives sont attribuées à des personnes différentes, pendant le mariage mais également après désunion du couple parental. La hadanah représente la garde exercée sur la personne de l'enfant, elle consiste en une protection physique, intellectuelle et morale. La wilaya ou tutelle constitue une prérogative essentiellement patrimoniale qui s'exerce sur les biens de l'enfant mais également pour partie personnelle qui consiste surtout dans le droit d'éducation et le droit de djabr (ou contrainte matrimoniale). La première est attribuée à la mère, pendant le mariage, puis en cas de séparation. Elle est limitée dans le temps, selon des règles différentes en fonction des diverses écoles de pensée et des différentes législations nationales. Une fois la protection de la mère achevée, date précise qui ne correspond pas à la majorité de l'enfant et qui intervient dans certaines législations bien avant, particulièrement pour les garçons, il se trouve alors sous l'autorité exclusive de son père. La seconde fonction est attribuée au père, et est permanente durant toute la minorité. En cas de séparation des parents, ces droits – hadana et wilaya – sont attribués de manière automatique*

---

<sup>256</sup> Article 371-1 du Code civil : *« L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. / Elle appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne. / Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité. »*

<sup>257</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 novembre 2010, pourvoi n° 09-15.302, Bull. 2010, I, n° 218 : le jugement de divorce étranger qui met à néant l'exercice conjoint de l'autorité parentale en donnant à une mère le droit de prendre seule toutes les décisions concernant les enfants et faisant au père des injonctions lui interdisant de recevoir ses enfants en présence d'une femme sauf en cas de mariage porte atteinte à des principes essentiels du droit français, fondés sur l'égalité des parents dans l'exercice de l'autorité parentale et sur le respect de la vie privée et familiale. Pour une autorité parentale partagée entre deux personnes de même sexe cf Cass., Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juillet 2010, pourvoi n° 08-21.740, Bull. 2010, I, n° 162 : la décision étrangère qui partage l'autorité parentale entre la mère et l'adoptante d'un enfant, et ce préalablement à l'adoption de la loi autorisant « le mariage pour tous ».

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 décembre 2016, arrêt n°1446, pourvoi n°16-21.760 : *« en statuant ainsi, alors que, la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 ayant pour seul objet d'assurer le retour immédiat des enfants déplacés illicitement et de faire respecter le droit de garde existant dans l'Etat du lieu de résidence habituelle de l'enfant, avant son déplacement, le juge de l'Etat requis doit, pour vérifier le caractère illicite de celui-ci, se borner à rechercher si le parent avait le droit de modifier seul le lieu de résidence de l'enfant pour le fixer dans un autre Etat, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».*

par la loi, sans intervention d'une autorité. Par ailleurs, parce qu'ils sont fixés par la loi, ils ont vocation à être définitifs et ne peuvent être modifiés. Toutefois, une évolution se dessine dans certaines législations tendant à faire de l'intérêt de l'enfant le fil conducteur de l'autorité parentale. (...) L'appréciation de l'atteinte ou du respect de l'ordre public par le juge français requis devant se faire concrètement, toutes les décisions rendues sur le fondement de ces législations musulmanes ne seront pas automatiquement repoussées par l'autorité française. Il s'agit de la manifestation du caractère relatif, variable et indéterminé de l'ordre public. In abstracto, il paraît évident que ces législations sont incompatibles avec l'ordre public international français.<sup>258</sup>» Dès lors qu'une législation en matière d'autorité parentale serait incompatible avec l'ordre public international français, l'arbitre, si le litige s'avérait arbitral, devra soulever l'exception d'ordre public.

**222. La force symbolique de l'autorité parentale :** « L'autorité parentale symbolise le lien juridique étroit entre les individus qui la composent dans son aspect restreint : les parents et l'enfant. D'ailleurs selon certains auteurs, « ce qui fait la famille, c'est l'enfant ». La Convention de New-York de 1989 relative aux droits de l'enfant énonce à propos de l'autorité parentale que « la responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents<sup>259</sup> ». « Toute désunion risque d'avoir de graves conséquences pour l'enfant : elle change son cadre de vie, le sépare de l'un de ses parents, souvent d'une partie de sa famille et concentre l'autorité entre les mains d'un seul.<sup>260</sup> » Le principe premier de la recommandation (84) du Comité des ministres prévoit que : « a. les responsabilités parentales sont l'ensemble des pouvoirs et devoirs destinés à assurer le bien-être moral et matériel de l'enfant, notamment en prenant soin de la personne de l'enfant, en maintenant des relations personnelles avec lui, en assurant son éducation, son entretien, sa représentation légale et l'administration de ses biens ; b. les termes « père », « mère », « parents » s'appliquent aux personnes qui ont un lien juridique de filiation avec l'enfant ».

---

<sup>258</sup> BIGOT A., *L'autorité parentale dans la famille désunie en droit international privé* », thèse Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003, p.236-237. Evolution pour le droit algérien : BORRMANS M., *Le nouveau code algérien de la famille dans l'ensemble des codes musulmans de statut personnel, principalement dans les pays arabes*, RIDC 1986, Volume 38, n°1, p.136, art 67 du code de statut personnel tunisien.

<sup>259</sup> BIGOT A., *L'autorité parentale dans la famille désunie en droit international privé* », thèse, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003, p.14.

<sup>260</sup> FULCHIRON H., *Autorité parentale et parents désunis*, CNRS, 1985, p.16, in BIGOT A., *L'autorité parentale dans la famille désunie en droit international privé* », thèse, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003, p.16.

**223. Les notions satellites qui gravitent autour de l'autorité parentale :** En outre, plusieurs notions juridiques s'articulent autour de la notion d'autorité parentale, comme le droit de visite et la gestion des biens du mineur.

**224. *Le droit de visite :*** La « *garde, le droit subjectif, qui est aussi souvent un devoir, de prendre soin de l'enfant au quotidien et de vivre avec lui : devoir surtout envers l'enfant lui-même et droit envers notamment le parent « non-gardien », mais aussi toute autorité publique tenue au respect de ce que l'on appelle parfois l'autorité parentale désigne le pouvoir, qui constitue lui aussi souvent, et pour les mêmes raisons, un « droit-devoir », de prendre (...) ou de concourir à prendre (...), les décisions « importantes » concernant l'enfant : sa résidence, sa scolarisation, ses activités extrascolaires, sa religion, d'éventuels traitements médicaux ; le « droit de visite » est le droit du titulaire d'entretenir des relations personnelles avec l'enfant et de l'emmener, pendant la période d'exercice, dans un lieu autre que celui où s'exerce la garde ; la « responsabilité parentale » désigne l'ensemble de ces prérogatives et chacune d'elles ; la « responsabilité étatique » renvoie au devoir qui incombe, et au droit qui revient, aux autorités publiques d'intervenir, à titre essentiellement subsidiaire, pour protéger l'enfant lorsque l'autorité parentale est exercée par ceux qui la détiennent d'une manière aussi peu « responsable » qu'elle aboutit à mettre le bien de l'enfant en danger.<sup>261</sup> » Serait-ce possible d'arbitrer les litiges qui impliqueraient ces notions satellites de l'autorité parentale ? Quand des accords sont conclus, par exemple pour organiser un calendrier de droit de visite, tout différend ultérieur serait-il arbitral ? « (...) »*

**225. *La gestion des biens du mineur :*** Lorsque l'autorité parentale concernait la gestion des biens du mineur, il existait, en France, deux formes d'administration. L'administration légale pure et simple, lorsque les deux parents exerçaient l'autorité parentale et l'administration légale sous contrôle judiciaire pour les familles monoparentales, notamment lors du décès de l'un des deux parents. L'ordonnance du 15 octobre 2015 supprime cette distinction : il n'existe désormais qu'une seule forme d'administration légale. En supprimant l'administration légale sous contrôle judiciaire, le législateur a également étendu les pouvoirs du parent : un parent, seul, peut accomplir, sans autorisation du juge, des actes qui lui étaient préalablement interdits. Est-ce que le contrôle effectué par le juge pourrait être remplacé par un arbitre ? En ce qui concerne l'administration des biens du mineur, il arrive que certains parents

---

<sup>261</sup> ROMANO G. P., *Conflits entre parents et conflits d'ordres juridiques en matière de responsabilité parentale, in Enlèvement parental international d'enfants*, Neuchâtel/Bâle, CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Helbing Lichtenhahn, 2015, p.87-88, paragraphe 2.



confondent le patrimoine de leur enfant avec le leur. Une fois majeur, l'enfant prend conscience de la dilapidation de son patrimoine par le ou les titulaire(s) de l'autorité parentale. L'arbitrabilité d'un tel litige ne semblerait pas poser de difficulté dès lors qu'il concernerait des droits patrimoniaux.

**226. Arbitrabilité a priori, « arbitrabilité-assistance » :** En matière d'autorité parentale, serait-il opportun d'envisager la présence d'un arbitre *a priori*, serait-ce envisageable de solliciter un arbitre comme un accompagnant en amont du litige mais aussi postérieurement au prononcé de la sentence afin d'assurer un suivi, comme par exemple en matière d'assistance éducative ?

**227. Arbitrabilité a priori :** En matière d'autorité parentale, l'indisponibilité des droits est un argument qu'une partie de la doctrine<sup>262</sup> souhaiterait écarter pour lutter contre la « faillite de la justice étatique résultant d'un conflit de justice étatique. Seulement, si l'on admet le recours à la justice arbitrale a posteriori pour remédier à ce déni et à cette faillite, ne pourrait-on pas faire un pas de plus et songer à en ouvrir l'accès a priori et pour prévenir un tel conflit, c'est-à-dire pour prévenir un conflit d'ordres juridiques <sup>263</sup> ».

**228. Arbitrabilité et assistance éducative :** Lorsque le mineur est capable de discernement, ce dernier devrait pouvoir s'adresser directement à l'arbitre, accompagné ou non de la personne de son choix, avocat, professionnel du droit ou personne de confiance. Un arbitre qui serait chargé de trancher un litige relatif à la procédure d'assistance éducative devrait échanger avec les différents acteurs qui entourent l'enfant : foyer, famille d'accueil, parents, fratrie, etc.

**229.** Dans les innombrables qualités de l'arbitre, il faut souligner que dans une telle matière, le juridique ne représente pas nécessairement la totalité des enjeux qui sont biaisés par des incompréhensions, relatives aux raisons du placement ou autre, au silence d'une des parties, au refus de collaborer, à l'influence familiale, aux pressions familiales, aux conflits de loyauté, aux difficultés de séparation liées aux troubles de l'attachement, et tant d'autres choses encore. L'arbitre pourrait-il décider spontanément de l'ouverture d'une procédure en vue d'un placement ou ne devrait-il rendre une sentence que lorsque cette requête a été formulée devant

---

<sup>262</sup> ROMANO G. P., colloque *L'arbitrabilité des litiges internationaux en droit de la famille : état des lieux et perspectives*, 6 mars 2017, Genève, MULON E. colloque *Patrimoine, famille, entreprise, l'arbitrage pour tous*, 29 juin 2018, Paris.

<sup>263</sup> ROMANO G. P., *Conflits entre parents et conflits d'ordres juridiques en matière de responsabilité parentale. In Enlèvement parental international d'enfants*. Neuchâtel / Bâle : CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel / Helbing Lichtenhahn, 2015. p. 110.

lui ? L'arbitre aurait-il un « devoir de suivi » une fois que la sentence aura été rendue ? Devrait-il avoir, après avoir arbitré, la mission d'évaluer la situation du mineur et éventuellement réviser son arbitrage ? Comment mettre en place une écoute et audition libre de l'enfant dans un contexte international ?

**230. Arbitrage et intérêt de l'enfant au regard de l'autorité parentale :** « *L'IFLA limite actuellement son offre d'arbitrage aux « litiges financiers et patrimoniaux » nés d'un mariage, d'un partenariat civil ou d'une cohabitation. Selon David Hodson (2013), l'un des principaux initiateurs du projet : la décision a été prise très tôt de ne pas inclure les questions relatives aux enfants dans l'arbitrage au moment du lancement. C'était après consultation avec le ministère de la Justice. Il y avait une perception que les questions de droit de l'enfance impliquent des considérations très différentes, y compris des membres du personnel différents qui peuvent avoir besoin d'être impliqués dans des arbitrages. Il serait fait référence à l'audition de la voix de l'enfant et éventuellement à la représentation de l'enfant. Cela peut être encore approprié, mais il a été estimé que le système de l'IFLA serait préférable pour réussir dans un premier temps à traiter des questions financières où la demande initiale pourrait être plus importante.*<sup>264</sup> »

**231. Arbitrabilité et intérêt de l'enfant dans le cadre de l'autorité parentale :** En matière d'autorité parentale, la notion d'intérêt de l'enfant « *constitue la pierre angulaire : elle en est la condition, le critère, la mesure et la fin* »<sup>265</sup>. La jurisprudence de la Cour de cassation évoque « *l'intérêt effectif*<sup>266</sup> » de l'enfant pour le relier aux « *exigences de l'ordre public français* ». Différentes mesures de protection sont prises quand un enfant est en danger. Au niveau international, la Cour européenne des droits de l'homme a rendu plusieurs arrêts pour protéger les enfants quand les parents imposent des châtiments ou violences corporels à leurs enfants en raison de leurs convictions religieuses. L'intégrité physique, psychologique, des enfants prime sur le droit des parents d'élever leurs enfants, leur liberté religieuse et peut

---

<sup>264</sup> « The IFLA currently restricts its offer of arbitration to 'financial and property disputes' arising out of a marriage, civil partnership, or cohabitation.<sup>46</sup> According to David Hodson (2013), one of the principal initiators of the scheme: The decision was taken at a very early stage not to include children matters in arbitration at the time of the launch. This was after consultation with the Ministry of Justice. There was a perception that children law matters involve very different considerations including different personnel who may need to be involved in adjudications. There would be reference to hearing the voice of the child and possibly even representation of the child. It may yet be appropriate but it was felt that the IFLA Scheme would be better to succeed initially dealing with financial matters where there may initially be greater demand. » KENNETT W., *It's Arbitration, But Not As We Know It: Reflections on Family Law Dispute Resolution*, International Journal of Law, Policy and The Family, 2016, p.7.

<sup>265</sup> MALAURIE Ph., FULCHIRON H., *La famille*, Defrénois, 4<sup>ème</sup> éd., 2011, p.604, n° 1525.

<sup>266</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 30 janvier 1979, pourvoi n° 78-11.568, *Bull.* 1979, I, n° 37.

justifier une certaine ingérence vis-à-vis du droit au respect de la vie familiale<sup>267</sup>. Quid d'une arbitrabilité sur ces sujets ?

**232. La prise en considération de l'intérêt de l'enfant :** « (...) L'intérêt supérieur de l'enfant est assuré par ce contrôle judiciaire omniprésent contre les sentences arbitrales rendues dans d'autres arbitrages. Aucune décision de ce type dans une affaire de garde ne pourrait non plus avoir de conséquences res judicata jugée contre l'enfant qui n'aurait pas fait partie à l'arbitrage. Toutefois, une telle indemnité engagerait effectivement les parents de l'enfant dans la mesure où elle réglerait leurs différends, mais seulement dans la mesure où elle ne compromettrait pas l'intérêt supérieur de l'enfant. Dès lors, qu'il est démontré qu'une disposition d'une indemnité peut être contraire à l'intérêt supérieur d'un enfant, la Cour peut prendre toutes les mesures nécessaires, dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Une fois la juridiction paternelle invoquée, le tribunal examinera l'affaire de novo et, ce faisant, pourra utiliser la preuve présentée devant le tribunal arbitral, demander une nouvelle preuve ou utiliser une combinaison des deux. Le tribunal pourrait alors déterminer ce qui serait nécessaire à l'intérêt supérieur de l'enfant. Cependant, un parent mécontent ne pourrait pas attaquer la sentence au seul motif qu'elle nuirait à l'enfant. De toute évidence, chaque récompense de ce type aurait cet effet. Ce qu'il faut démontrer pour provoquer une intervention judiciaire, c'est que la sentence a une incidence défavorable sur le bien-être et l'intérêt supérieur de l'enfant - il s'agit clairement d'une question beaucoup plus restreinte. Par exemple, une récompense pourrait prévoir (1) que le père a le droit de visite un jour particulier de la semaine Family Quarter Law au lieu d'un autre jour; (2) que l'enfant porte des vêtements achetés auprès d'un établissement de couture à prix élevé plutôt que de ceux d'une gamme de prix inférieurs; (3) que l'enfant soit accompagné à l'école par un parent ou une gouvernante; (4) que l'enfant ne devrait avoir aucune formation religieuse ou une formation religieuse particulière; ou (5) que l'enfant aille dans un camp d'été dans les montagnes plutôt que dans un camp situé en bord de mer. Pour notre propos, ces exemples, qui pourraient être multipliés à l'infini, suffiront à clarifier la distinction que nous cherchons à établir ... Dans la mesure où seule la sentence arbitrale est rendue, le tribunal peut se prononcer initialement sur la question de savoir si cela porte atteinte à l'intérêt supérieur et au bien-être de l'enfant, il semblerait que

---

<sup>267</sup> En ce sens voir notamment les arrêts Cour EDH, 22 mars 2018, n°68125/14 et n°11308/16, RJPf 2018-5/43, *Wetjen et a. et Tlapa et a. c/ l'Allemagne*, obs. CORPART I., Cour EDH, 23 septembre 1998 n°25599/94, *A. c/ Royaume-Uni*, AJDA 1998.984, chron. FLAUSS J.- F. ; RSC 1999.384, obs. KOERING-JOULIN R. ; RTD civ. 1999.498, obs. MARGUENAUD J.- P.; Cour EDH, 10 mai 2001, n°29392/95, *Z et a. C/ Royaume-Uni*, Cour EDH, 12 février 2013, n°29617/07, *Vojnity c/ Hongrie*, AJ fam. 2013.179, obs. GALLMEISTER ; RTD civ. 2013.365, obs. HAUSER J..

*lorsqu'une demande visant à suspendre un arbitrage demandé par un parent ou à imposer l'arbitrage, le tribunal ne se préoccuperait, à ce stade préliminaire, que de la question de savoir si l'accord entre les parties est prévu pour l'arbitrage du différend. Avec ces mises en garde, la soumission des différends en matière de garde et de visite à l'arbitrage volontaire ne doit plus faire l'objet d'une interdiction générale, et une telle procédure devrait être encouragée en tant que méthode rationnelle et pratique de résolution de tels différends.*<sup>268</sup> »

**233. La parentalité :** Dans cette perspective, il faudrait également s'interroger sur l'arbitrabilité de litiges relatifs à la parentalité. *« Du fait des décompositions et recompositions familiales, il est nécessaire de reconnaître une place aux beaux-parents puisqu'ils partagent la vie quotidienne de l'enfant et participent, de fait, à sa protection, son éducation et sa prise en charge. Plusieurs pistes sont envisageables dont la création d'un véritable statut du beau-parent. (...) Dans cette perspective, le rapport propose tout d'abord de créer un « mandat d'éducation quotidienne » qui déterminerait les actes usuels de l'autorité parentale que le beau-parent serait autorisé à accomplir concernant l'enfant. (...) Le rapport envisage également la création d'un « certificat de recomposition familiale », délivré par la mairie du lieu du domicile de la famille recomposée, pour faciliter notamment la preuve de la cohabitation du parent et du beau-parent et l'existence d'un mandat d'éducation quotidienne. Pour les actes non usuels de l'autorité parentale, le rapport suggère une réécriture des articles 377 et 377-1 du Code civil afin de distinguer plus clairement la délégation-partage et la*

---

<sup>268</sup> « (...) the best interest of the child is assured protection by this omnipresent judicial check against arbitration awards in other arbitrations. Nor could any such award in a custody matter be given any *res judicata* consequences against the child, who was not a party to the arbitration. However, such an award would effectively bind the parents of the child to the extent that it settled their disputes, but only insofar as the award did not adversely affect the substantial interest of the child. Hence, upon any showing that a provision of any award might be adverse to the best interests of a child, the Court could take such action that was necessary for the best interest of the child. Once the court's paternal jurisdiction is invoked, it would examine into the matter, *de novo*, and in doing so could utilize the proof adduced before the arbitration tribunal, could call for new proof, or could employ a combination of both. The Court could then determine what was necessary for the best interest of the child. However, the award could not be effectively attacked by a dissatisfied parent merely because it affected the child. Obviously every such award will have that effect. What must be shown to evoke judicial intervention is that the award adversely affects the welfare and best interest of the child—clearly a much narrower issue. That, for example, an award might provide (1) that a father have visitation rights on one particular day of the Family Law Quarterly week instead of another day; (2) that the child wear clothes purchased from some high-priced tailoring establishment rather than another in a lower-price range; (3) that the child should be accompanied to school by a parent or governess; (4) that the child should have no, or a particular, religious training; or (5) that the child go to a summer camp in the mountains rather than one located at sea level. For our purpose, these examples, which could be multiplied indefinitely, will suffice to clarify the distinction sought to be drawn.... Since only with the coming in of an arbitration award can the court initially rule on the question as to whether any direction adversely affects the best interest and welfare of the child, it would seem that on any application to stay an arbitration demanded by a parent or to compel arbitration, the court would be concerned, at that preliminary stage, only with whether the agreement between the parties provided for arbitration of the dispute. With these caveats, submission of disputes in custody and visitation matters to voluntary arbitration need no longer receive general interdiction, and such procedure should be encouraged as a sound and practical method for resolving such disputes. » COULSON R., *Family Arbitration - An Exercise in Sensitivity*, 3 Fam. L.Q. 22 (1969).

délégation-transfert de l'autorité parentale. A cette occasion, disparaîtrait l'exigence de circonstances exceptionnelles qui est trop souvent un obstacle à la mise en place d'une délégation-partage. » Ces propositions, ce nouvel acte, pourraient-ils faire l'objet d'un arbitrage en cas de litige ? En cas d'erreur, d'oubli, la rectification serait-elle de la compétence de l'officier d'état civil, d'un arbitre ou d'un juge ?

**234. Le statut du beau-parent :** Si un véritable statut du beau-parent était créé, après la vie commune, « (...) le rapport suggère de favoriser le maintien des relations personnelles entre le beau-parent et l'enfant après la séparation en lui reconnaissant, notamment un droit de correspondance, de visite ou d'hébergement de l'enfant. S'agissant du décès du beau-parent, le rapport se penche sur la question de la transmission de patrimoine aux beaux-enfants. Il conviendrait d'aligner la fiscalité de ces transmissions sur celle, très favorable, dont bénéficient les enfants du beau-parent.<sup>269</sup> » Tout différend relatif à la transmission du patrimoine aux beaux-enfants pourrait être arbitral, qu'en serait-il de celui qui porterait, par exemple, sur le droit de correspondance ?

**235. Vers l'arbitrabilité des litiges en matière de responsabilité parentale ?:** Une partie de la doctrine prône l'arbitrabilité des litiges en matière de responsabilité parentale « qui gagneraient peut-être dans certains cas à être traités par un arbitre choisi au sein de la famille elle-même ou parmi des amis communs plutôt que par un juge, certes neutre, mais disposant d'un temps limité pour percevoir toutes les nuances de situations familiales souvent complexes. L'arbitre jouerait alors certainement plus un rôle de conciliateur que de juge, mais n'est-ce pas là justement ce que les parties attendraient en premier lieu d'un arbitre en droit de la famille ? A l'heure où le législateur entend développer la médiation familiale en matière d'autorité parentale, il ne serait pas forcément incohérent de permettre le recours à un arbitre, peut-être plus soucieux que le juge ordinaire de trouver une solution acceptée par les parties, dans ce contexte familial qui ne lui serait pas totalement étranger.<sup>270</sup> »

**236.** En parallèle de l'ordre public substantiel qui intervient dans un premier temps, l'arbitre, s'il pouvait être saisi, s'interrogerait notamment par la suite sur l'ordre public procédural en matière d'audition de l'enfant et du respect des droits de la défense.

---

<sup>269</sup> DEVERS A., *Filiation, origines, parentalité. L'avis de l'avocat*, Droit de la famille, LexisNexis, septembre 2014, dossier n°4, paragraphes n°8-9.

<sup>270</sup> MALLET-BRICOURT, Arbitrage et droit de la famille, Droit et patrimoine, 2002, n°104.

**237. L'actualité de ces problématiques :** Ce sont des questions d'actualité de plus en plus fréquentes. Le nombre de couples binationaux augmente. La libre circulation facilite les déplacements. Les juridictions sont de plus en plus confrontées à ces problématiques. Quel pourrait-être le rôle d'un arbitre dans un tel domaine ? Serait-il également susceptible d'intervenir dans le cadre d'une interdiction de sortie du territoire, pour décider du placement d'un enfant dans un autre Etat membre, pour trancher sur la pertinence d'un motif de non-retour ? La question de la protection de l'enfant au cœur de l'arbitrabilité d'un litige causé à la suite d'un enlèvement international est fondamentale (B).

### **B. Les incidences en matière d'enlèvements internationaux**

**238.** *« Lorsqu'ils font l'objet d'un enlèvement, les enfants sont traités comme des objets sans volonté. On prétend s'intéresser à leur bien et leurs intérêts (le « Kindeswohl »), mais on en juge à travers de circonstances et hypothèses qui ne sont pas vérifiées par rapport à leurs effets sur les enfants. Le Tribunal fédéral comprend l'enlèvement comme un conflit entre parents, résolu quasi systématiquement aux torts du ravisseur. Dans un tel conflit, il n'y a, pour la Haute Cour, ni Justice ni Volonté pour les enfants.<sup>271</sup> »*

**239.** Qu'est-ce qu'un enlèvement international ? L'enlèvement international, c'est le déplacement illicite d'un enfant. Concrètement, il est matériellement caractérisé lorsqu'un des parents emmène l'enfant dans un pays autre que celui qui constitue sa résidence habituelle désignée par un juge.

**240. Les enlèvements internationaux :** Est-ce qu'un arbitre pourrait se substituer au juge aux affaires familiales pour les questions relatives aux enlèvements internationaux ou déplacements illicites d'un enfant ? *« De manière traditionnelle, le déplacement ou le non-retour d'un enfant est considéré comme illicite lorsqu'il y a eu lieu en violation d'un droit de garde, exercé de façon effective ou qui aurait pu l'être, attribué par le droit de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement. Ce droit de garde peut résulter d'une décision judiciaire ou administrative, d'une attribution de plein droit ou d'un accord en vigueur selon le droit de cet Etat. Le droit de garde, au sens de ce texte, comprend le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de*

---

<sup>271</sup> BUCHER A., *La volonté de l'enfant enlevé*, version provisoire au 5 février 2016, le droit de la famille : constat d'ébullition, journée de droit civil 2016, en l'honneur de la Professeure Margareta Baddeley, version consultable au 22 mai 2019 : [http://www.andreasbucher-law.ch/images/stories/mlanges\\_margareta\\_baddeley.pdf](http://www.andreasbucher-law.ch/images/stories/mlanges_margareta_baddeley.pdf).

décider de son lieu de résidence.<sup>272</sup> »

**241. La notion de résidence habituelle** « (...) est une notion autonome de droit de l'Union, devant être interprétée au regard du contexte des dispositions mentionnant celle-ci et des objectifs du règlement (CE) n°22/01/2003, notamment celui ressortant de son considérant 12, selon lequel les règles de compétence qu'il établit sont conçues en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant et, en particulier, du critère de proximité » (arrêt, pt 40), la Cour de justice retient que « lorsque, comme dans l'affaire au principal, un nourrisson est effectivement gardé par sa mère, dans un Etat membre différent de celui où réside habituellement le père, il convient de prendre en compte notamment, d'une part, la durée, la régularité, les conditions et les raisons du séjour de celle-ci sur le territoire du premier Etat membre et, d'autre part, les origines géographiques et familiales de la mère ainsi que les rapports familiaux et sociaux entretenus par celle-ci et l'enfant dans le même Etat membre » (arrêt, pt 45). (...) Dit autrement, la présence physique du nourrisson depuis sa naissance sur le territoire d'un Etat membre est de poids supérieur à l'intention initialement exprimée par les parents dans l'appréciation à laquelle sont tenues les juridictions des Etats membres.<sup>273</sup> »

**242. La notion d'intégration :** « Si le retour immédiat de l'enfant peut être refusé quand existe un risque de danger grave ou de création d'une situation intolérable, tel n'est pas le cas d'un enfant malade du SIDA lorsqu'il est établi que la qualité du système de santé du pays d'origine est très satisfaisante, que les personnes atteintes du SIDA bénéficient d'un traitement gratuit, que l'enfant était suivi pour sa séropositivité et que le traitement antiviral préconisé par le médecin étranger est le même que celui prescrit en France.<sup>274</sup> » Est-ce qu'un arbitre pourrait avoir aussi un rôle au sujet de l'intégration de l'enfant dans son nouveau milieu ? « (...) La Cour de cassation a jugé que doit être considéré comme intégré en France l'enfant qui réside en France depuis deux ans avec sa mère et ses demi-frères et sœur, qui est scolarisé depuis septembre 2015, et qui comprend sans difficulté le français et le parle couramment. La question n'est pas celle de l'intégration de la mère, si bien qu'il importe peu que la mère, qui ne s'exprime pas en français, en demande d'asile en France, ne peut y travailler et réside chez un tiers, qui l'héberge avec ses trois enfants.<sup>275</sup> » Est-ce qu'il pourrait

---

<sup>272</sup> DEVERS A., *Actualités 2017 en matière d'enlèvement international d'enfants*, Droit de la famille, n°1, janvier 2018, LexisNexis, dossier n°5, paragraphe n°19.

<sup>273</sup> NOURISSAT C., *De la résidence habituelle d'un nourrisson...*, Procédures n°8-9, août 2017, comm.192, paragraphe n°4.

<sup>274</sup> DEVERS A., *Actualités 2017 en matière d'enlèvement international d'enfants*, Droit de la famille, n°1, janvier 2018, LexisNexis, dossier n°5, paragraphe n°23.

<sup>275</sup> DEVERS A., *Actualités 2017 en matière d'enlèvement international d'enfants*, Droit de la famille, n°1, janvier 2018, LexisNexis, dossier n°5, paragraphe n°24.

y avoir une divergence entre des situations qui concerneraient le droit international privé européen et les autres dans la mesure où au sein de l'Union européenne, la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 et le Règlement Bruxelles II bis ne sont pas applicables aux enfants qui ont leur résidence habituelle dans un Etat qui n'a pas adhéré à la Convention et qui serait tiers à l'Union européenne<sup>276</sup> ?

**243. L'enfant victime :** En matière d'enlèvement international, la première victime est l'enfant. La frontière entre l'enfant et l'autre parent, qu'elle soit géographique et/ou affective, est un drame humain. Les instruments de coopération internationale s'efforcent de les atténuer, mais seule une véritable coopération internationale permet globalement de lutter contre ces pratiques. Des mesures de prévention, d'accompagnement, de dissuasion sont de plus en plus fréquemment mises en place à cet effet. Les relations entre les parents séparés sont encadrées, des droits de visite dans un lieu neutre sont facilités, le contrôle aux frontières est renforcé<sup>277</sup>, à défaut, jusqu'à la majorité de l'enfant. Des mesures d'urgence ou exceptionnelles peuvent également être prises afin de protéger l'enfant. Le temps est une arme redoutable entre les mains du parent qui a déplacé l'enfant, c'est pourquoi le principe du retour immédiat est instauré pour dissuader un parent d'une telle action, et ce, indépendamment des considérations au fond du dossier. Le facteur temps est l'apanage de l'arbitrage, mais cela ne doit pas être le seul motif pour justifier l'arbitrabilité de tels litiges. La question de l'arbitrabilité est un gage de protection qui est corroboré par la nécessité de respecter l'ordre public (section II).

---

<sup>276</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 17 janvier 2019, n°18-23.849, FS-P+B : « *Attendu que, selon le premier de ces textes, la Convention du 25 octobre 1980 n'est applicable qu'entre Etats contractants ; qu'il résulte du second que les dispositions du règlement relatives au déplacement ou au non-retour illicite d'un enfant ne peuvent être mises en œuvre que dans l'espace européen ; Attendu que, pour qualifier d'illicite le non-retour des enfants en République démocratique du Congo, l'arrêt retient qu'au sens des articles 3 et 4 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 et 11, § 1, du règlement du 27 novembre 2003, est illicite tout déplacement d'un enfant fait en violation d'un droit de garde exercé effectivement et attribué à une personne par le droit ou le juge de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle avant son déplacement ; Qu'en statuant ainsi, alors que les enfants avaient leur résidence habituelle en République démocratique du Congo, Etat qui n'a pas adhéré à la Convention du 25 octobre 1980 et qui est extérieur à l'Union européenne, la Cour d'appel a violé, par fausse application, les textes susvisés* ».

<sup>277</sup> Article 1180-3 du Code de procédure civile français : « *Lorsque le juge aux affaires familiales prononce ou modifie une mesure, prise en application de l'article 373-2-6 du Code civil, d'interdiction de sortie du territoire d'un enfant mineur sans l'autorisation de ses deux parents, le greffe du juge aux affaires familiales en avise aussitôt le procureur de la République qui fait inscrire cette mesure au fichier des personnes recherchées ou fait procéder à la modification de l'inscription. Lorsqu'une requête en divorce ou en séparation de corps mentionne l'existence d'une ordonnance de protection en cours d'exécution comportant une mesure d'interdiction de sortie du territoire d'un mineur sans l'autorisation de ses deux parents, le greffe du juge aux affaires familiales en avise aussitôt le procureur de la République. Celui-ci, après s'être assuré que les conditions mentionnées par l'article 1136-13 sont réunies, fait procéder en conséquence aux modifications de l'inscription au fichier des personnes recherchées en ce qui concerne la durée de validité de la mesure.* »



## Section II - une délicate articulation des critères aux contours sibyllins subordonnés au respect de l'ordre public

244. « *La conscience peut arbitrer un fait moral, elle ne juge point un fait intellectuel.*<sup>278</sup> » CHATEAUBRIAND associe l'arbitrage à la conscience. Cette conscience liée aux mœurs et par ricochet à l'ordre public implique une limite de l'être humain. Cette conscience, normalement présente dans les relations familiales - l'œil ne regardait-il pas Caïn dans la tombe<sup>279</sup> ? – pourrait arbitrer et l'arbitrage serait ainsi par essence élaboré en conscience.

245. « *Le droit de la famille constitue le domaine par excellence de l'intervention de l'ordre public qui se manifeste spécialement lorsqu'il s'agit de recevoir dans notre ordre juridique des décisions issues de pays appartenant à des civilisations très différentes de la nôtre, surtout lorsque leur droit est issu d'un ordre juridique confessionnel.*<sup>280</sup> »

246. **Définition de l'ordre public :** L'ordre public est une « *vaste conception d'ensemble de la vie en commun sur les plans politique et juridique. Son contenu varie évidemment du tout au tout selon les régimes politiques. (...)*<sup>281</sup> »

---

<sup>278</sup> CHATEAUBRIAND F.- R., *Mémoires d'Outre-tombe*, édition Librairie générale française, 2002, tome III, livre 28, chapitre 1, p.160.

<sup>279</sup> HUGO V., *La conscience*, « (...) Alors il dit : « je veux habiter sous la terre/ Comme dans son sépulcre un homme solitaire ;/ Rien ne me verra plus, je ne verrai plus rien. »/ On fit donc une fosse, et Caïn dit « C'est bien ! »/ Puis il descendit seul sous cette voûte sombre. Quand il se fut assis sur sa chaise dans l'ombre/ Et qu'on eut sur son front fermé le souterrain, / L'œil était dans la tombe et regardait Caïn. » La Légende des siècles, éd. Gallimard, 2002, II, d'Eve à Jésus, p.30.

<sup>280</sup> BIGOT A., *L'autorité parentale dans la famille désunie en droit international privé* », thèse Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003, p.235.  
ALEXANDRE D. l'intervention de l'ordre public dans le droit de la famille en droit international privé français in le droit de la famille en Europe, son évolution de l'Antiquité à nos jours, 105.

<sup>281</sup> « (...) A l'ordre public s'oppose, d'un point de vue dialectique, les libertés individuelles dites publiques ou fondamentales et spécialement la liberté de se déplacer, l'inviolabilité du domicile, les libertés de penser et d'exprimer sa pensée. L'un des points les plus délicats est celui de l'affrontement de l'ordre public et de la morale. / En droit civil, [c'est le] caractère des règles juridiques qui s'imposent dans les rapports sociaux, pour des raisons de moralité ou de sécurité impératives. Selon l'ordonnance du 10 février 2016, le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations (par exemple, licéité de l'objet), ni par son but (par exemple, licéité de la cause), même si l'autre partie n'avait pas connaissance de ce but. Le nouveau texte ne demande plus la conformité du contrat aux bonnes mœurs. Les bonnes mœurs ont-elles disparu ? Ou la notion reste-t-elle incluse dans celle d'ordre public ? / Dans le domaine économique, la doctrine distingue deux sortes d'ordre public : l'ordre public de protection qui tend à la défense d'intérêts particuliers estimés primordiaux (ex. intérêt du consommateur face au professionnel) et dont la violation n'entraînerait qu'une nullité relative ; l'ordre public de direction dont la méconnaissance serait source de nullité absolue parce que la norme en cause correspond aux exigences fondamentales de l'économie (par exemple la prohibition de certaines indexations pour éviter leur effet inflationniste)./ En droit international privé, notion particulariste d'un état ayant pour effet de rejeter toute règle ou décision étrangère qui entraînerait la naissance d'une situation contraire aux principes fondamentaux du droit national. En matière de conflit de lois, le juge français peut s'abriter derrière l'ordre public pour écarter une loi étrangère normalement applicable, lorsque son application porterait atteinte aux règles constituant les fondements politiques, juridiques, économiques et sociaux de la société française. / Procédure, principes généraux, lorsqu'une règle de procédure est d'ordre public, sa violation peut être invoquée par les deux plaideurs, soulevée d'office par le ministère public et relevée d'office par le tribunal saisi. Un moyen d'ordre public peut

**247. Une définition difficile :** En réalité, « l'ordre public, nul n'a jamais pu en saisir le sens, chacun en vante l'obscurité et tout le monde s'en sert<sup>282</sup> ». « Déterminer si une norme est ou non d'ordre public emporte plusieurs conséquences quant à son appréhension par la juridiction privée qu'est l'arbitrage. C'est tout d'abord la question même de la possibilité pour l'arbitre d'appliquer de telles normes qui se pose. C'est la problématique de l'arbitrabilité objective des litiges. A supposer cette possibilité reconnue, c'est alors la nécessité de voir ces normes respectées qui entre en jeu. <sup>283</sup> ». En effet, pour pouvoir exister de manière autonome, en tant que système de justice privé fiable, l'arbitre doit savoir quel ordre public respecter, comment il doit le faire, et s'assurer que la sentence qu'il rendra ne sera pas contraire à l'ordre public en matière internationale<sup>284</sup>.

**248. Une définition en matière internationale :** En matière internationale, un équilibre est sans cesse recherché entre l'accueil d'une loi, décision, situation juridique étrangère et les exigences fondamentales nationales. Ainsi, l'ordre public en matière internationale se distingue de l'ordre public interne. L'ordre public en matière internationale constitue, selon la Cour de cassation, l'ensemble des « principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue<sup>285</sup> ». Il s'agit notamment de la protection de la personne humaine, de sa dignité, les principes essentiels du droit français, les principes fondamentaux.

**249.** Classiquement, une distinction s'effectue également entre l'ordre public textuel, fondé sur une norme, et l'ordre public virtuel révélé par le juge sur le fondement des valeurs

---

*être présenté pour la première fois devant la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat, dans certains cas et sous certaines conditions. Par exemple, devant la Cour de cassation, l'incompétence d'attribution, même si la règle violée est d'ordre public, ne peut être d'office que si l'affaire dépend d'une juridiction répressive ou administrative ou échappe à la connaissance de la juridiction française. » GUICHARD S. et DEBARD Th., *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 26<sup>ème</sup> éd. 2018-2019, p.756 et 757.*

<sup>282</sup> MALAURIE Ph., cité par GAUTIER M., dans « l'ordre public », in AUBRY J-A (dir.), *l'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, 2010, p.317.

<sup>283</sup> CAPRASSE O., *arbitrage et ordre public européen*, in LOQUIN E. et MANCIAUX S. (dir.), *L'ordre public et l'arbitrage*, actes du colloque des 15 et 16 mars 2013, LexisNexis, 2014, p.115.

<sup>284</sup> Cass., com., 29 novembre 1950, *Tissot c/ Neff*, Bull. civ. II, 1950, n°355; S. 1951.170, note J. Robert; RTD com. 1951.275, obs. M. BOITARD; RTD civ. 1951.106, obs. HEBRAUD P. et RAYNAUD P., D. 1951.170, JCP 1951.IV.5. Il faut également citer un stade intermédiaire de cette évolution avec l'arrêt Soc. Gant Nicolet, Cass. com., 27 juin 1956, Rev. arb., 1957.15; v. également Cass. civ. 2e, 20 février 1991, Rev. arb., 1991.447, note L. Idot. Arrêt Ganz, Paris, 29 mars 1991, Rev. arb., 1991.478, note L. Idot. V. également Paris, 1<sup>re</sup> Ch. suppl., 28 avril 1988 et 20 janvier 1989, Rev. arb., 1989.281, note L. Idot : « La convention d'arbitrage, par le seul fait qu'elle porte une telle matière, ne porte pas a priori atteinte à une règle d'ordre public. Réserve faite de l'hypothèse où le compromis a pour objet des droits non disponibles, pour des motifs où l'ordre public intervient à l'évidence, la convention d'arbitrage ne déroge pas par elle-même à une règle d'ordre public, comme pourrait le faire, le cas échéant, une transaction qui met fin au litige. Ce n'est que si les arbitres n'ont pas dans la sentence jugée conformément à l'ordre public, soit exprimé par une loi spéciale, soit par référence à un principe général, qu'il y a atteinte à l'ordre public » : LEVEL P., *L'arbitrabilité*, Rev. arb., 1992, p.235.

<sup>285</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 25 mai 1948, *arrêt Lautour*, pourvoi n° 37.414, Bull. civ. 1948, I, n° 163, RCDIP 1949, p. 89.

fondamentales qui transparaissent de l'ordre juridique.

**250. Arbitrage et ordre public :** « *L'arrêt Ganz rendu par la cour d'appel de Paris a ainsi décidé que seules étaient inarbitrables les matières qui intéressaient « au plus près l'ordre public international » et qui excluaient alors « de manière absolue la compétence arbitrale du fait de la nullité de la convention d'arbitrage ». Les critères sont donc plus libéraux qu'en matière interne et les hypothèses d'inarbitrabilité plus rares.* <sup>286</sup> » En Suisse, « *le régime de l'arbitrage international créé par la LDIP en 1987 avait pour pilier le Tribunal fédéral comme seule instance de recours chargée du contrôle des sentences. Ce contrôle devait être restreint, orienté par la notion d'ordre public et centré autour d'un ensemble de valeurs juridiques réputées fondamentales. Le Tribunal fédéral s'est ainsi lancé à proclamer que cet ordre public est heurté par une sentence qui « viole des principes juridiques fondamentaux au point de ne plus être conciliable avec l'ordre juridique et le système de valeurs déterminants ». Ce système de valeurs est celui de la civilisation à laquelle la Suisse appartient, les valeurs prises en référence étant de nature à constituer le fondement de tout ordre juridique. La valeur citée en premier lieu sur une liste consacrée depuis bientôt trois décennies est la fidélité contractuelle, exprimée par l'adage pacta sunt servanda* <sup>287</sup> ».

**251.** « *L'arbitre ne peut être juge que de certaines affaires familiales, les affaires patrimoniales, pour lesquelles les procédures étatiques n'offrent aucune garantie de rapidité et de discrétion* <sup>288</sup> ». Aussi, est-il intéressant d'étudier ces affaires familiales en matière de régimes matrimoniaux (§1), de libéralités (§2), de responsabilité parentale (§3), de divorce (§4), de successions (§5), d'obligations alimentaires (§6), de protection de personnes (§7).

## § 1. En matière de régimes matrimoniaux, partenariats enregistrés

**252. Constitutionnalisation et régimes matrimoniaux :** « *Depuis quelques années, le droit constitutionnel joue un rôle important en droit de la famille. La famille apparaît dans les textes constitutifs du « bloc de constitutionnalité ». (...) Le Préambule de la Constitution de 1946 auquel renvoie le Préambule de la Constitution de 1958 affirme en son alinéa 10 que « la*

---

<sup>286</sup> RACINE J.- B., *L'arbitrabilité des litiges de droit de la famille*, Droit et patrimoine, n°275, 1<sup>er</sup> décembre 2017, p.26 et s..

<sup>287</sup> BUCHER A., *Que devient le droit (civil) international au Tribunal fédéral ?*, Jusletter, 8 mai 2017, in [http://www.andreasbucher-law.ch/images/stories/que\\_devient\\_le\\_droit\\_international\\_au\\_tf\\_-\\_jusletter.pdf](http://www.andreasbucher-law.ch/images/stories/que_devient_le_droit_international_au_tf_-_jusletter.pdf) version consultable au 21 mai 2019.

<sup>288</sup> DEVERS A., *L'arbitrage en droit de la famille*, Droit de la famille, LexisNexis, n°1, janvier 2019, dossier n°7, paragraphe 1.

*Nation assure à l'individu et à sa famille les conditions nécessaires à leur développement* » Et le principe constitutionnel d'égalité entre homme et femme n'est pas sans incidences en droit de la famille. L'emprise du droit constitutionnel se manifeste à travers une jurisprudence de plus en plus riche : reconnaissance du droit de se marier et de fonder une famille, défense de la liberté du mariage contre les lois qui tendraient à trop l'encadrer au nom de la lutte contre les mariages blancs, protection du droit à une vie familiale normale pour les étrangers.<sup>289</sup> » La constitutionnalisation du droit de la famille témoigne de la nécessaire protection de cette matière et que tout ne peut pas être arbitral. Il s'avère cependant que le droit familial international est tiraillé entre constitutionnalisation et contractualisation, aussi, quelle pourrait être la place de l'arbitrage ?

**253. Délicate articulation entre liberté et arbitrabilité en matière de régimes matrimoniaux :** La liberté de se marier est une liberté fondamentale, aussi une promesse de mariage peut être rompue<sup>290</sup>, une clause de célibat ou de non-remariage ne pourrait être licite que dans certaines conditions<sup>291</sup>. Est-ce que ces clauses pourraient faire l'objet d'un arbitrage international ?

**254.** En droit comparé, il est possible de consulter des contrats qui contiennent des

---

<sup>289</sup> FULCHIRON et MALAURIE, la famille, *op. cit.*, p.31.

<sup>290</sup> « Toute promesse de mariage est nulle en soi, comme portant atteinte à la liberté illimitée qui doit exister dans les mariages. Mais l'inexécution d'une semblable promesse peut, dans certaines circonstances, donner lieu à des dommages-intérêts, lorsque cette inexécution a causé un préjudice réel, parce que, dans ce cas, l'action en dommages-intérêts ne prend pas sa source dans la validité de la promesse de mariage, mais dans le fait du préjudice causé et de l'obligation, imposée par la loi à celui qui en est l'auteur, de leur réparer. » Cass., civ. 30 mai 1838, Dalloz JG, v° Mariage, n°82, S. 38.1.492 arrêt cité in CAPITANT H., TERRE F., LEQUETTE Y., *Les Grands Arrêts de la jurisprudence civile*, tome 1, Dalloz, 13<sup>ème</sup> éd., 2015, n°32.

<sup>291</sup> « Il ne peut être porté atteinte sans abus à la liberté du mariage par un employeur que dans des cas très exceptionnels où les nécessités des fonctions l'exigent impérieusement. Lorsque les convictions religieuses d'une institutrice ont été prises en considération lors de la conclusion de son contrat de travail avec une institution religieuse attachée à l'indissolubilité du mariage, cette institution ne commet aucune faute en rompant le contrat de travail de cette salariée, pour remariage après divorce. » Ass. Plen., 19 mai 1978, pourvoi n°76-41.211, Bull. 1978, Ass. Plen., n°1, arrêt cité in CAPITANT H., TERRE F., LEQUETTE Y., *Les Grands Arrêts de la jurisprudence civile*, tome 1, Dalloz, 13<sup>ème</sup> éd., 2015, n°31 ; « la condition de ne pas se marier [imposée par un testateur à son légataire] n'est pas par elle-même contraire aux mœurs et par suite non écrite ; elle doit être déclarée licite, si elle est motivée soit par l'attachement du disposant pour sa famille personnelle, soit par l'intérêt qu'il porte au légataire ». Rien ne permettait de penser que « la stipulation attaquée ait été inspirée au testateur par aucun motif répréhensible » Req., 18 mars 1867, D.P. 1867, 1, p.332 ; pour une clause de célibat V. Req., 11 novembre 1912, D.P. 1913, 1, p.105, note G. Ripert. Arrêts cités in CAPITANT H., TERRE F., LEQUETTE Y., *Les Grands Arrêts de la jurisprudence civile*, tome 1, Dalloz, 13<sup>ème</sup> éd., 2015, n°31, paragraphe 2, p.216. « (...) C'est ainsi qu'à propos d'une clause de célibat concernant les hôtesses de l'air d'Air France, la Cour d'appel de Paris affirma « que le droit au mariage est un droit individuel d'ordre public qui ne peut se limiter, ni s'aliéner (...) ; que dans le domaine des rapports contractuels de droit privé à titre onéreux (...) la liberté du mariage doit en principe être sauvegardée et qu'à moins de raisons impérieuses évidentes, une clause de non-convol doit être déclarée nulle comme attentatoire à un droit fondamental de la personnalité » CA de PARIS, 30 avril 1963, D. 1963, 428, note ROUAST, cité in CAPITANT H., TERRE F., LEQUETTE Y., *Les Grands Arrêts de la jurisprudence civile*, tome 1, Dalloz, 13<sup>ème</sup> éd., 2015, n°31 paragraphe 3, page 216-217.

clauses qui s'ingèrent dans la vie privée d'une personne jusqu'à régir le régime alimentaire et imposer l'abstinence sexuelle pendant un temps convenu. Ce sont des clauses contraires à des libertés fondamentales ainsi qu'à l'indisponibilité du corps humain mais qui sont susceptibles de faire l'objet d'un arbitrage en cas de litige dans certains pays<sup>292</sup>.

**255.** La liberté de se marier est aussi celle de ne pas se marier. Les formes conjugales sont diverses et plus nombreuses avec notamment l'apparition des partenariats enregistrés. Est-ce qu'un arbitrage pourrait être sollicité en cas de mauvais choix de la forme conjugale ou de défaut de consentement lorsque les époux ont décidé de convoler ? Quid d'une arbitrabilité des mariages polygames, forcés ou des mariages de complaisance ? La Cour de cassation s'est « *prononcée dans le sens de la nullité faute de consentement lorsque les époux ne se sont prêtés à la cérémonie qu'en vue d'atteindre un but étranger à l'union matrimoniale*<sup>293</sup> ». Quid d'un arbitrage en la matière sans nuire à la protection des personnes ?

**256.** Dans de nombreux Etats européens notamment, le mariage est ouvert aux personnes de même sexe, mais ce n'est pas une forme de conjugalité universellement reconnue. Aussi, est-ce qu'un couple homosexuel pourrait recourir à l'arbitrage pour faire reconnaître leur union ou une conséquence de celle-ci - qui porterait, par exemple, sur le changement de nom d'un des deux époux à la suite du mariage - dans un Etat qui ne reconnaîtrait pas cette forme de conjugalité ?

**257.** Le mariage, les partenariats enregistrés instituent ou non un lien d'alliance, une présomption de paternité, une qualité d'héritier, un choix d'un nom applicable au couple, et tant de choses encore. Ces formes de conjugalités génèrent aussi des devoirs de fidélité ou de vie

---

<sup>292</sup> [http://www.surromomsonline.com/articles/ts\\_contract.htm](http://www.surromomsonline.com/articles/ts_contract.htm) version consultable au 7 mars 2019 : « (...) *H. The Surrogate agrees that she will not have sexual intercourse with anyone other than her husband, who is sterile, from the first day of her menstrual cycle before the Artificial Insemination procedure until the date that pregnancy has been confirmed by her Obstetrician, Midwife, or Family Physician. (...) The Surrogate agrees not to participate in dangerous sports or hazardous activities, and promises not to knowingly allow herself to be exposed to radiation, toxic chemicals or communicable diseases. (...) The Surrogate further agrees not to smoke any type of cigarettes, drink alcoholic beverages, or use any illegal drugs, prescription or non-prescription drugs without consent from her obstetrician or midwife. (...) if any party commences a court action based on a dispute or claim to which this paragraph applies without first attempting to resolve the matter through mediation, then in addition to any other remedies available at law or equity, in the discretion of the arbitrator(s) or judge, that party shall not be entitled to recover attorney's fees, even if they would otherwise be available to that party in any such mediation or court action.* Voir aussi « (...) *Medical Instructions: A. (Surrogate name) agrees to adhere to all medical instructions given to her, including abstention from sexual intercourse as directed by the IVF Physician. (Surrogate name) agrees to follow a transfer and prenatal medical examination schedule set by the attending Physician and Midwife. / B. Embryo Carrier will not smoke, drink alcoholic beverages, use illegal drugs, non-prescription medication or prescription medication without approval of the Responsible Physician. (...)* » <http://maryellensurrogate.blogspot.com/2013/07/surrogacy-contract-example.html> version consultable au 8 mars 2019.

<sup>293</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 28 octobre 2003, D. 2004, 21, note GRIDEL J. -P., 2004, Somm. 2964, obs. LEMOULAND J. -J, RTD civ. 2004, 66, obs. HAUSER J., cité in CAPITANT H., TERRE F., LEQUETTE Y., *Les Grands Arrêts de la jurisprudence civile*, tome 1, Dalloz, 13<sup>ème</sup> éd., 2015, n°31, paragraphe 6, p.218-219.

commune, de respect, de secours ou d'aide matérielle, d'assistance, une certaine forme de solidarité liée à des dettes spécifiques relatives au ménage et à l'éducation des enfants. Ce sont des droits, des devoirs qui s'imposent au couple, de manière impérative. Est-ce qu'un différend sur ces points pourrait être arbitral ou partiellement arbitral ? Le principe de la solidarité ne le serait pas mais les modalités d'exercice de celle-ci pourraient-elles l'être, et ce, au cours de l'union et/ou seulement à l'issue de celle-ci ?

**258.** Une autre forme de conjugalité est l'union libre, le concubinage. Ce sont des couples généralement ignorés du droit. Est-ce que l'arbitrage pourrait être pour eux une forme qui répondrait à leur besoin et leur conférerait une place sur le plan juridique ?

**259. Domaine de l'arbitrabilité en matière de régimes matrimoniaux :** Si l'arbitre joue son rôle de gardien de l'ordre public, « *il faut également admettre l'arbitrabilité des litiges en matière de régimes matrimoniaux ou partenariaux.*<sup>294</sup> » Là encore, les applications concrètes sont nombreuses : détermination des masses actives et passives avec les enjeux de qualification et les impacts des théories de l'accession, de l'accessoire, des immeubles par destination et des meubles par anticipation, etc., calcul des créances entre époux, récompenses, créance de participation, le cas échéant, attribution et partage des biens, attribution préférentielle<sup>295</sup>, impact des donations entre époux non révoquées, incidence d'une revendication d'une qualité d'associé d'une société dans le cadre d'un divorce, contribution et obligation à la dette, etc.. « *En ce qui concerne le pacte civil de solidarité, les partenaires procédant eux-mêmes à la liquidation des droits et obligations résultants pour eux de leur pacte, les droits patrimoniaux sont largement disponibles. A 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.*<sup>296</sup> »

**260.** Lors de la conclusion d'un contrat de mariage entre deux personnes de nationalités différentes, rien n'empêcherait de prévoir une clause d'arbitrage dans l'hypothèse d'un divorce. Ce choix serait peut-être originellement subordonné par un manque de confiance des parties dans la juridiction étatique nationale de l'autre époux, mais pourrait rapidement être

---

<sup>294</sup> FARGE M., *L'arbitrage et le contentieux familial international : deux mondes qui pourraient se rapprocher ?*, in Mélanges offerts à Geneviève PIGNARRE, un droit en perpétuel mouvement, LGDJ, 2018, p.336, paragraphe n°17.

<sup>295</sup> L'attribution préférentielle est qualifiée de lois de police et de sûretés dans le contentieux international, des précautions devront nécessairement être prises par l'arbitre pour respecter les règles applicables en la matière.

<sup>296</sup> DEVERS A., *L'arbitrage en droit de la famille*, Droit de la famille, LexisNexis, n°1, janvier 2019, dossier n°7, paragraphe 4.

privilegié dans la mesure où le choix s'est effectué à un moment favorable et qu'au jour du différend, chacun est accompagné de son avocat, conseil, personne de confiance de son choix.

**261.** *« Les questions de pouvoir des particuliers sont particulièrement importantes en droit de la famille en raison de l'imbrication des patrimoines créée par les régimes matrimoniaux ou partenariaux. De son côté, le droit de l'arbitrage s'est naturellement préoccupé du pouvoir de compromettre de la personne engageant une société par la souscription d'une clause d'arbitrage. Et la Cour de cassation a fini par élaborer une règle matérielle conforme au principe de faveur et d'autonomie : « l'engagement d'une société à l'arbitrage ne s'apprécie pas par référence à une quelconque loi nationale mais par la mise en œuvre d'une règle matérielle déduite du principe de validité de la convention d'arbitrage fondée sur la volonté commune des parties, de l'exigence de bonne foi et de la croyance légitime dans les pouvoirs du signataire de la clause pour conclure un acte de gestion courante qui lie la société ». Pour la matière familiale, cette méthode devra encore céder la place à la vieille concurrente conflictuelle. Ainsi la loi applicable au régime matrimonial fixera les pouvoirs respectifs des époux. La solution a déjà été éprouvée dans un arbitrage interne. La Cour de cassation a considéré qu'un époux ne pouvait sans l'accord de son conjoint compromettre dans le cadre d'un litige concernant des biens communs. Visant à la fois l'article 1424 du Code civil et l'article 2059 du même code, la Cour a estimé que le « compromis litigieux tendait au partage de biens communs dont le signataire n'avait pas la libre disposition ». <sup>297</sup> »*

**262.** Les régimes matrimoniaux peuvent faire l'objet d'aménagements corroborés de libéralités (§2).

## **§ 2. En matière de libéralités**

**263. Typologie des libéralités :** Les libéralités existent sous de nombreuses formes. Entre vifs, comme les dons manuels, donations, donations-partages, donations transgénérationnelles, donations graduelles, donations résiduelles, donations avec ou sans charge, donation alternative, donation facultative. Il existe également des libéralités à cause de mort, comme la donation entre époux. Enfin, la libéralité peut être effectuée aux termes de dispositions testamentaires, il s'agirait alors d'un legs contenu dans un testament, en la forme

---

<sup>297</sup> FARGE M., *L'arbitrage et le contentieux familial international : deux mondes qui pourraient se rapprocher ?*, in Mélanges offerts à Geneviève PIGNARRE, un droit en perpétuel mouvement, LGDJ, 2018, p.339.

internationale, mystique, olographe, authentique.

**264. Arbitrabilité des libéralités :** La question ne semble pas soulever de difficulté dans la mesure où les libéralités concernent des droits patrimoniaux : donation d'immeuble, de meubles (objets mobiliers, comptes bancaires, parts de société, etc.). Faudrait-il promouvoir la stipulation de convention d'arbitrage dans les actes de libéralités pour inciter le recours à l'arbitrage dans cette matière ? La pratique semble évoluer en ce sens. Toutefois, cela ne doit pas être au détriment d'autrui : l'impossible arbitrabilité résulte d'un souci de protection et non d'une oppression.

**265. Interrogation quant à l'arbitrabilité de certaines libéralités :** L'arbitrabilité de certaines libéralités est susceptible d'interroger, au niveau international tout au moins, lorsqu'elles sont motivées pour obtenir une relation adultère<sup>298</sup>, un mariage bigame, pour accepter un lien d'adoption, ou pour tout autre motif qui pourrait contrevenir à la conception de bonnes mœurs de certains pays, ou à l'ordre public international dans d'autres contrées. La libéralité ne doit pas être motivée par un objet illicite ou contraire à l'ordre public en matière internationale. Outre le fond des libéralités, l'ordre public peut aussi être soulevé quant à la forme des libéralités<sup>299</sup>.

**266.** L'illicéité d'une libéralité n'est pas en elle-même une cause de non-arbitrabilité. En pratique, dans une telle situation, un arbitre pourrait se déclarer incompétent si l'objet, le moyen ou la conséquence de la convention d'arbitrage qui aurait pour finalité d'exécuter un contrat illicite serait lui-même illicite. En cas de nullité de la convention d'arbitrage, l'arbitre se déclarerait incompétent et empêcherait l'application d'une libéralité qui aurait un objet illicite, il s'épargnerait le risque d'être un complice d'un point de vue pénal et favoriserait le développement de l'arbitrage en la matière.

**267. Interrogation quant à l'interprétation des libéralités :** Les libéralités entre vifs sont le plus souvent, selon leur nature, le fruit d'une *traditio*, d'un formulaire fiscal ou d'un acte notarié. Les libéralités avec charges, transgénérationnelles, résiduelles ou graduelles, ou encore les donations entre époux peuvent être source de contentieux, entre les héritiers ou problématiques en cas de non-reconnaissance d'un tel acte dans un pays étranger. La circulation internationale de la donation entre époux ou de la donation-partage n'est pas si évidente. Toutefois, en matière d'interprétation et de traduction, eu égard à la qualité de leur support de

---

<sup>298</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 29 octobre 2004, pourvoi n°03-11.238, arrêt n°519 : « n'est pas nulle comme ayant une cause contraire aux bonnes mœurs la libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère ».

<sup>299</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 4 janvier 2017, pourvoi n°15-28474, non publié au bulletin, « (...) une donation n'est valable, en vertu d'une règle d'ordre public, que si elle prend la forme d'un acte authentique (...) ».



rédaction, les difficultés sont plus rares. En revanche, l'interprétation des termes d'un testament s'avère beaucoup plus fréquente et délicate. Les formulations peuvent être approximatives, confuses, voir même inexactes. Il faut alors rédiger un acte d'interprétation du testament pour matérialiser l'interprétation comprise et acceptée par les héritiers. En cas de conflits, ne serait-il pas judicieux d'effectuer un arbitrage devant notaire plutôt que de recourir à la justice étatique ? *« Le notaire a 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 meilleurs conditions. L'Etat 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<sup>300</sup> ».*

**268.** *« L'interprétation est la forme intellectuelle de la désobéissance<sup>301</sup> ».* La désobéissance n'est-elle pas une des raisons de la responsabilité parentale (§3) ?

### **§ 3. En matière de divorce**

**269.** L'idylle d'un couple s'achève toujours, et quand celle-ci se termine par un divorce, survient alors l'heure des règlements de comptes. La sphère de l'indisponibilité des droits se réduit au profit d'opérations de liquidation, partage, récompense, créance, calculs et comptes divers, un panel de droits patrimoniaux prend ainsi le relais, ce qui ouvre des perspectives en matière d'arbitrabilité.

**270. De l'inarbitrable à l'arbitrable :** Ainsi, pour une même situation, le litige familial peut être en premier lieu inarbitrable - comme portant par exemple sur le divorce en lui-même - puis arbitrable lorsqu'il s'agira de statuer sur certains effets de ce divorce, effets entre ex-époux ainsi qu'à l'égard des enfants. La Cour suprême du Colorado à la suite de l'affaire *Mandy et Drake Rooks* rédige de nouvelles directives pour résoudre les litiges liés à l'attribution des embryons congelés en cas de divorce des parents. Monsieur Glenn Cohen, professeur de droit à l'Université de Harvard, considère que les contrats devraient prévoir à

---

<sup>300</sup> VESSAUD R., *Questions notariales et arbitrage*, Droit et patrimoine, n°275, décembre 2017, dossier, p.47.

<sup>301</sup> CARBONNIER J., *L'avenir d'un passé*, Mélanges Fr. Terré, Dalloz et alii, 1999, p.50.

l'avance le cas de l'éventuel divorce<sup>302</sup>, quid également d'une éventuelle arbitrabilité en cas de changement de volonté ? Dans l'hypothèse d'une arbitrabilité, l'arbitre désigné devra-t-il également arbitrer sur tous les effets qui découleront de l'attribution : en matière de filiation, d'autorité parentale, et des aspects financiers liés à l'entretien et l'éducation de l'enfant qui naîtra ?

**271.** A la suite d'un arrêt *Sheets versus Sheets*<sup>303</sup>, il a été déclaré « *qu'il ne semble pas exister de raison claire et valable pour laquelle le processus d'arbitrage ne devrait pas être applicable dans le domaine de garde et des litiges à cet égard, à savoir le choix des écoles, la période estivale, camps, frais médicaux et chirurgicaux, voyages et vacances. En fait, l'Association américaine d'arbitrage est maintenant en mesure d'arbitrer les différends matrimoniaux découlant d'accords de séparation.* »

**272.** Un principe *a priori* non arbitral pour préserver des liens juridiques hors de toute négociation, pour protéger des personnes. L'enjeu semble-t-il résulte de la distinction entre les principes – normalement non arbitrales – et les effets – vraisemblablement arbitrales.

**273.** « *L'arbitrage serait alors possible pour tous les droits familiaux considérés par elle comme disponibles. Illustrons cette proposition : dans une décision remarquable, la Cour de cassation a rejeté un pourvoi contre un arrêt ayant accordé une prestation compensatoire de droit français alors que le droit marocain était applicable. Selon la Cour régulatrice : « s'agissant de droits disponibles, les époux » avaient pu convenir (puisque leurs conseils avaient conclu exclusivement sur le fondement du Code civil) « que soit appliqué le droit français ». Reste que cette disponibilité était limitée : elle signifiait seulement que les époux pouvaient faire un accord procédural en faveur du droit français pendant l'instance en divorce.*

---

<sup>302</sup> Denver Post, Elise Schmelzer, 29 oct. 2018, <https://www.denverpost.com/2018/10/29/colorado-supreme-court-embryos/>, consultation le 31 octobre 2018 « (...) While other states have considered similar cases, the guidelines issued by the Colorado court are some of the most specific created by any state on the issue, said Glenn Cohen, a Harvard University law professor who specializes in bioethics and the law. The case could eventually make its way to the justices of the U.S. Supreme Court, who would consider one specific question, he wrote in an email. (...) The Rooks had to take their dispute to the courts because the contracts they signed with the fertility clinic did not specify what would happen to the embryos should the couple divorce, the Supreme Court ruling states. The couple already had three children through in vitro fertilization, where an egg is fertilized in a laboratory and then placed in a woman's uterus. This is important for people who are planning their reproductive futures to make sure the facility where they are freezing embryos executes clear, valid agreements specifying who may use the pre-embryos upon divorce to avoid getting into this situation, » Cohen, the Harvard professor, said in an email (...) »

<sup>303</sup> Propos du juge VALENTE: « There seems to be no clear and valid reason why the arbitration process should not be made available in the area of custody and the incidents thereto, i.e., choice of schools, summer camps, medical and surgical expenses, trips and vacations. In fact, the American Arbitration Association is now equipped to arbitrate marital disputes arising out of separation agreements. » (Appellate Division of the Supreme Court of the State of New York, First Department, December 8, 1964; 254 N.Y.S. 320 (1964) ), in COULSON R., *Family Arbitration - An Exercise in Sensitivity*, 3 Fam. L.Q. 22 (1969).

*Que faudrait-il déduire de cette jurisprudence concernant l'arbitrabilité de la compensation pécuniaire après divorce ? A transposer cette jurisprudence, la compensation pécuniaire pourrait faire l'objet que d'un compromis entre les époux après la saisine du juge du divorce. Ce résultat n'est guère satisfaisant. Au lieu d'une procédure en divorce, le recours à l'arbitrage ne devrait-il pas être subordonné au caractère échu des aliments objet du litige ? (...) <sup>304</sup>»*

**274.** Comment évoluera cette jurisprudence ? La jurisprudence sera-t-elle à l'origine de l'arbitrabilité de certains litiges comme ce fut, par exemple, le cas en Australie ?

**275.** *« En Australie, la loi de 1975 sur le droit de la famille a été modifiée en 1991 pour permettre l'arbitrage par la loi de 1975 sur le droit de la famille, mais elle est expressément limitée aux questions de propriété, d'entretien et de finances. Le droit anglais en est à ses débuts. Il n'existe pas de cadre législatif au-delà de la loi de 1996 sur l'arbitrage. La question de l'arbitrabilité dépend donc entièrement de la jurisprudence. Les différends familiaux étaient présumés non arbitrables sur la base de la décision dans l'affaire Hyman c. Hyman selon laquelle «le pouvoir de la Cour de prendre des dispositions en faveur d'une femme lors de la dissolution de son mariage est un incident nécessaire du pouvoir de décréter une telle dissolution, conférée non seulement dans l'intérêt de l'épouse, mais du public, et l'épouse ne peut s'empêcher, par son propre pacte, de se prévaloir de la compétence du tribunal ou d'empêcher le tribunal de l'exercice de cette compétence ». L'affaire était l'interprétation d'un acte de séparation, mais les conséquences pour l'arbitrage sont évidentes. La jurisprudence récente a toutefois révisé cette position. Les tribunaux ont préféré donner effet à un accord selon lequel les parties sont parvenues à la résolution de leurs problèmes financiers après le divorce, en l'absence de préoccupations primordiales d'ordre public, ou d'un facteur essentiel comme une pression indue ou l'exploitation d'une position dominante pour garantir un avantage déraisonnable.<sup>305</sup> »*

---

<sup>304</sup> FARGE M., *L'arbitrage et le contentieux familial international : deux mondes qui pourraient se rapprocher ?*, in Mélanges offerts à Geneviève PIGNARRE, un droit en perpétuel mouvement, LGDJ, 2018, p.329, paragraphe n°9.

<sup>305</sup> *« In Australia the Family Law Act 1975 was amended in 1991 to permit arbitration by the Family Law Act 1975, but it is expressly limited to property, maintenance, and financial matters. English law on the subject is at an early stage of evolution. There is no legislative framework beyond the Arbitration Act 1996, so the question of arbitrability depends entirely on case law. Family disputes were assumed to be non-arbitrable on the basis of the ruling in Hyman v Hyman that 'the power of the Court to make provision for a wife on the dissolution of her marriage is a necessary incident of the power to decree such a dissolution, conferred not merely in the interests of the wife, but of the public, and the wife cannot by her own covenant preclude herself from invoking the jurisdiction of the court or preclude the court from the exercise of that jurisdiction'. The issue in that case was revised this stance, however. Courts have favoured giving effect to an agreement that the parties have come to themselves for the resolution of their financial affairs following divorce, in the absence of overriding public policy concerns, or a vitiating factor such as undue pressure or the exploitation of a dominant position to secure an unreasonable*

**276. L'argent, facteur favorable à l'arbitrabilité :** Un des arguments en faveur de l'arbitrage en matière familiale, lors de la rupture du lien conjugal, est lié au coût financier dudit événement. Outre, pour le couple lui-même, cette économie est considérée intéressante pour l'Etat. Ainsi, aux Etats-Unis, il a été mentionné l'illustration suivante « *les couples eux-mêmes ne sont pas les seuls à subir des pertes financières ; le gouvernement et la communauté subissent également des pertes liées à la dissolution et au conflit de mariages ou de relations. Par exemple, le Comité directeur de la Cour suprême sur le droit de la famille (2003) a indiqué que les affaires de droit de la famille représentent plus de 40% des affaires déposées par les tribunaux et près de 70% des réouvertures. [...] Un cas de divorce unique coûte aux États et gouvernements fédéraux une aide estimée à 30 000 dollars US pour des facteurs tels que l'utilisation accrue de bons alimentaires, le logement social, les faillites et la délinquance juvénile. De plus, on estime qu'en 2002, les 10,4 millions de divorces du pays ont coûté plus de 30 milliards de dollars aux contribuables. Par exemple, le coût du divorce pour l'État de Floride en 2002 s'élevait à près de 2,5 milliards de dollars... Plus le procès dure longtemps, plus le coût pour le tribunal et la communauté est élevé.* »<sup>306</sup> Devant ces considérations économiques, les critères de l'arbitrabilité, facteurs de protection, semblent reléguer au second plan. L'arbitrage familial international aurait tout intérêt à rendre compatible les enjeux financiers et la protection assurée par les critères de l'arbitrabilité.

**277.** Dans l'Union européenne, le rapport pour la Commission européenne intitulé *Etude sur la transparence des coûts des procédures judiciaires civiles dans l'Union européenne*<sup>307</sup> expose un cas pratique dont l'énoncé est le suivant « *deux ressortissants d'un même Etat membre (l'Etat membre A), se marient dans cet Etat membre A. Après la célébration du mariage, ils partent vivre et travailler dans un autre Etat membre (l'Etat membre B) où ils résident habituellement. Ils sont d'accord pour divorcer et l'un des époux repart dans son Etat*

---

avantage. » KENNETT W., *It's Arbitration, But Not As We Know It: Reflections on Family Law Dispute Resolution*, International Journal of Law, Policy and The Family, 2016, p.6.

<sup>306</sup> « *Couples themselves are not the only ones that may experience financial loss; the government and community also incur losses related to marital or relationship dissolution and conflict. For example, the Family Law Supreme Court Steering Committee (2003) indicated that family law cases account for over 40% of court filings and almost 70% of reopenings. ...[A] single divorce case costs the state and federal governments an estimated \$30,000 in assistance for factors such as increased food stamp use, public housing, bankruptcies, and juvenile delinquency. Furthermore, it is estimated that, in 2002, the nation's 10.4 million divorces cost taxpayers in excess of \$30 billion. For example, the cost of divorce to the state of Florida in 2002 totaled almost \$2.5 billion ...The longer a case lingers in the court system, the higher the cost to the court and the community* » KENNETT W., *It's Arbitration, But Not As We Know It : Reflections on Family Law Dispute Resolution*, International Journal of Law, Policy and The Family, 2016, p.5.

<sup>307</sup> Etude sur la transparence des coûts des procédures judiciaires civiles dans l'Union européenne, rapport final, contrat JLS/2006/C4/007-30-CE-0097604/00-36, Décembre 2007, pour la Commission européenne – DG Justice, Liberté et Sécurité, p.300-301.

*d'origine (l'Etat membre A) et choisit de former immédiatement une demande en divorce devant les juridictions de l'Etat membre B, lieu de la dernière résidence habituelle des époux dans la mesure où l'un d'eux y réside encore* ». Il en résulte que les coûts d'un tel divorce sont les suivants : 1 552,00€ en Belgique, 100,00€ en Bulgarie, 5 272,60 € en Estonie, 4 000,00 € en Italie, 1 650,00 € en Espagne, 1 085,00 € en France, 3 420,00 € au Portugal, etc.. Si l'arbitrage était pratiqué dans cette situation, les coûts seraient-ils vraiment réduits dans la mesure où certains frais seraient communs à une justice étatique comme à une justice privée, à savoir, ceux des huissiers de justice. Finalement, cette question pécuniaire souligne un conflit d'intérêt entre la protection des personnes, leurs intérêts privés et les intérêts publics. La protection des personnes doit rester une priorité. L'articulation entre les intérêts publics et privés sous l'angle de l'aspect financier du coût du divorce est une vraie question, notamment en cas d'aide juridictionnelle. Quels sont les intérêts - publics ou privés - qui devraient être protégés en priorité si l'arbitrabilité de la matière était acquise et généralisée ?

**278. L'égalité, un frein à l'arbitrabilité :** Le principe d'égalité des époux appartient à l'ordre public en matière internationale, la jurisprudence en ce sens est abondante<sup>308</sup>. Ce principe n'a pas de caractère universel, il appartient aux principes généraux du droit. La Cour européenne des droits de l'homme, le 8 novembre 2005, a confirmé la jurisprudence française en matière de répudiation eu égard aux droits garantis par la Convention<sup>309</sup>.

**279.** Parallèlement à cette égalité des époux qui s'illustre en matière de divorce, il est possible de souligner que le nouvel article « 229 du Code civil français, entré en application le 1<sup>er</sup> janvier 2017, et qui permet aux époux qui s'entendent tant sur le principe de la rupture du mariage que sur ses effets de se dispenser de l'aval d'un juge pour obtenir leur divorce, vient

---

<sup>308</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 17 février 2004, pourvoi n° 01-11.549, Bull. 2004, I, n° 47, pourvoi n° 02-11.618, Bull. 2004, I, n° 48, D. 2004, p. 824 : la « *décision constatant une répudiation unilatérale du mari sans donner d'effet juridique à l'opposition éventuelle de la femme et en privant l'autorité compétente de tout pouvoir autre que celui d'aménager les conséquences financières de cette rupture du lien matrimonial, [est] contraire au principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage reconnu par l'article 5 du protocole du 22 novembre 1984, n° VII, additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, que la France s'est engagée à garantir à toute personne relevant de sa juridiction, et donc à l'ordre public international réservé par l'article 1<sup>er</sup>, d) de la convention franco-algérienne du 27 août 1964* » ; concl. CAVARROC F., COURBE P., *Le rejet des répudiations musulmanes*, D. 2004, 815 ; FULCHIRON H., *Requiem pour les répudiations musulmanes ?*, JCP 2004, II, 10128, Rev. Crit. DIP 2004, 423, note HAMMJE P., JDI 2004, 1200, note GANNAGÉ L ; mais aussi Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 10 mai 2006, pourvoi n° 04-19.444, Bull. 2006, I, n° 225 ; Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 19 septembre 2007, pourvoi n° 06-19.577, Bull. 2007, I, n° 280 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 novembre 2009, pourvoi n° 08-20.574, Bull. 2009, I, n° 217, Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 17 février 2004 : 2 arrêts, voir note FULCHIRON H., *Requiem pour la répudiation musulmane ?* JCP 2004, n°36, 1<sup>er</sup> septembre 2004, II, 10128, rev. crit. DIP, 2004, 423 note HAMMJE P., JDI 2004, 1200, note GANNAGE L.

<sup>309</sup> Cour EDH, 8 novembre 2005, D.D. c. France, n°3/02. Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 24 septembre 2014.

*heurter frontalement certaines des exigences fondamentales posées par l'ordre juridique européen (droit originnaire et droit dérivé).<sup>310</sup> »*

**280.** L'argent ne peut pas être le seul argument juridique pour plaider en faveur de l'arbitrage, même s'il est régulièrement usité. Le divorce confronte les parties à des problématiques plus globales que le coût de la justice et le coût financier des conséquences du divorce. Au cœur de ces principes, il est possible de retenir celui de l'égalité des époux dans le divorce, principe qui malheureusement n'est pas partagé à l'unanimité sur la scène internationale et qui peut justifier une réserve quant à l'arbitrabilité sur le principe même du divorce. *« Comme le lecteur l'aura compris, l'auteur de ces lignes demeure réticent à admettre, malgré l'avènement du divorce conventionnel, que l'arbitre puisse être investi demain du pouvoir de prononcer des divorces. Cette réserve est relayée par la difficulté à concevoir qu'il puisse se substituer au juge judiciaire pour prononcer des mesures de nature à porter atteinte au droit de propriété ou à la liberté individuelle. Dans cette perspective, M. Egéa a souligné, à propos d'une extension de l'arbitrage à la responsabilité parentale, qu'il était difficilement concevable qu'un arbitre prononce une interdiction de territoire ou délivre une ordonnance de protection (C. civ., art. 515-9). De telles mesures revêtent une dimension fortement politique dépassant les intérêts privés de sorte qu'elles devraient, selon cet auteur, être réservées au juge étatique. Pour en revenir au divorce et y compris lorsqu'il concerne un couple sans enfant doit-on accepter qu'un arbitre puisse attribuer la jouissance du logement familial à l'un lorsque ledit logement appartient en propre à l'autre ? Une réponse négative s'impose si l'on considère que la mesure – très attentatoire au droit de propriété – doit être réservée au juge judiciaire. Sans doute pourra-t-on objecter que l'arbitre tire sa mission de la volonté commune des parties...<sup>311</sup> »*

**281.** Outre le divorce, une autre matière qui attire la pratique en matière d'arbitrage est celle relative au droit successoral (§5).

---

<sup>310</sup> NOURISSAT C. *Le divorce conventionnel à l'épreuve de l'ordre juridique de l'Union*, JCP N, n°20, 19 mai 2017, Libres propos, 548, p.6.

<sup>311</sup> FARGE M., *L'arbitrage et le contentieux familial international : deux mondes qui pourraient se rapprocher ?*, in Mélanges offerts à Geneviève PIGNARRE, un droit en perpétuel mouvement, LGDJ, 2018, p.342-343.

## § 4. En matière de droit des successions

282. Concrètement et indubitablement, « *l'arbitrabilité des litiges d'ordre patrimonial n'est pas sérieusement discutable*<sup>312</sup> ».

283. **L'extension de l'arbitrabilité dans la sphère successorale :** L'ordre public demeure un obstacle traditionnel qui ne constitue pas, en matière patrimoniale, un rempart suffisant pour écarter l'arbitrabilité d'un litige. Le mouvement actuel de déjudiciarisation justifie l'interrogation quant à l'arbitrabilité des litiges en matière successorale et une partie de la doctrine plaide en faveur de l'essor de l'arbitrage dans ce domaine.

284. **Déjudiciarisation et absence de droit à l'héritage :** La déjudiciarisation est accompagnée, en matière internationale, de la suppression d'un droit à l'héritage – suppression du droit de prélèvement<sup>313</sup>, sortie de la réserve héréditaire de l'ordre public en matière internationale en l'absence de situation de besoin notamment – et invite ainsi à recourir à

---

<sup>312</sup> DEVERS A., *L'arbitrage en droit de la famille*, Droit de la famille, LexisNexis, n°1, janvier 2019, dossier n°7, paragraphe 4.

<sup>313</sup> L'article 2 de la loi du 14 juillet 1819, prévoyait un droit de prélèvement « *dans le cas de partage d'une même succession entre cohéritiers étrangers et français, ceux-ci prélèvent sur les biens situés en France une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger dont ils seraient exclus à quelque titre que ce soit en vertu des lois et coutumes locales* ». Ce droit a été étendu en cas de partage entre cohéritiers français.

Cass., civ.1<sup>ère</sup>, 7 décembre 2005, pourvois n° 02-15 418 et 03-10 316 : « *le droit de prélèvement est une exception à l'application normale de la règle de conflit de loi* ».

Publication de la Cour de cassation suite à l'arrêt rendu par la première chambre civile du 7 décembre 2005 consultable sur son site internet, [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr), qui rappelle par ailleurs que « *Le droit de prélèvement est une exception à l'application normale de la règle de conflit au profit de l'héritier qui, par l'effet de la loi successorale compétente, se voit attribuer des droits inférieurs à ceux qu'il recevrait par l'application de la loi française. Il s'agit donc d'un privilège exorbitant, à l'image des articles 14 et 15 du Code civil. Il ne peut être interprété que restrictivement. La doctrine, dans son ensemble, est défavorable à une application trop extensive de la loi de 1819, qu'elle estime obsolète, d'esprit trop nationaliste et territorialiste, difficilement justifiable. Le professeur P. Lagarde, notamment, préconisait une abrogation de ce texte en considérant qu'il était « archaïque et source d'inutiles complications* »

La première chambre civile de la Cour de cassation a renvoyé au Conseil constitutionnel le 1<sup>er</sup> juin 2011 (arrêts nos 628 et 629 du 1<sup>er</sup> juin 2011) une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) portant sur la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 relative à l'abolition du droit d'aubaine et de détraction. Par sa décision n° 2011-159 QPC du 5 août 2011, le Conseil a déclaré cette disposition contraire à la Constitution : « *Le principe d'égalité implique qu'à des situations semblables il soit fait application de règles semblables.* »

Décision n°2011-159 du Conseil constitutionnel, a déclaré ce droit contraire à la Constitution au motif qu'il méconnaît le principe constitutionnel d'égalité devant la loi.

Ce droit fait l'objet d'une proposition de loi à l'Assemblée nationale relative au principe d'égalité en matière successorale enregistrée le 23 janvier 2013, renvoyée à la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République. L'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 serait modifié en ouvrant ce droit à tout héritier lésé, étranger ou français, afin de respecter le principe constitutionnel d'égalité, modernisé en supprimant notamment la référence aux coutumes locales et codifié en un nouvel article unique du Code civil français.

l'arbitrage dans le cadre des successions internationales. L'arrêt du 27 janvier 2017<sup>314</sup> a marqué un recul de l'ordre public international. Cette évolution semble étendre le champ de l'arbitrabilité de ces litiges. Rappelons-le « *le litige n'est pas inarbitrable par cela seul que les droits d'ordre public sont en jeu puisque « l'arbitre a non seulement le pouvoir d'appliquer une règle d'ordre public, mais également le pouvoir d'en sanctionner par sa sentence la violation »* Ainsi, *une fois la succession ouverte, l'existence de droits que les héritiers réservataires tiennent de la loi ne leur interdit pas, selon nous, de soumettre leur litige à l'arbitrage.*<sup>315</sup> Néanmoins, ce recul n'est pas total et l'ordre public n'a pas encore disparu. L'exception d'ordre public pourrait être soulevée pour préserver la réserve héréditaire<sup>316</sup> d'un ayant droit qui serait « *dans une situation de précarité économique ou de besoin*<sup>317</sup> ». Aussi « (...) *l'arbitre français devra apprécier in concreto la situation des héritiers réservataires ayant des liens étroits avec l'ordre juridique français, pour rechercher si une sentence les privant de droits successoraux ne les placerait pas dans une situation de précarité ou de besoin.* Par conséquent, il faudrait que l'arbitre assume un rôle de « *garde-fou*<sup>318</sup> » ; ce qui est concevable. « *La difficulté sera toutefois, en présence d'un héritier mineur non émancipé ou d'un majeur protégé d'obtenir préalablement l'autorisation du juge des tutelles pour compromettre*<sup>319</sup> ». Cependant, il est intéressant d'observer qu' « *en Allemagne et en Autriche, il existe un certain engouement pour l'arbitrage patrimonial. Des dispositions légales*

---

<sup>314</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 27 septembre 2017, n°16-13.151 et n°16-17.198, FS-P+B+R+I, JurisData n°2017-018703, FONGARO E., *une loi étrangère ignorant la réserve n'est pas contraire à l'ordre public international*, La semaine juridique notariale et immobilière, n°40, 6 octobre 2017, Jurisprudence n°850, p.10, FONGARO E., *La réserve héréditaire ne relève pas, en principe, de l'ordre public international*, JCP N, n°45, 10 novembre 2017, dossier n°1305, p.43, AJ fam. 2017, 595, obs. BOICHÉ : « *une loi étrangère désignée par la règle de conflit qui ignore la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international français* », Defrénois Flash n°40, 9 octobre 2017.

<sup>315</sup> DEVERS A., *L'arbitrage en droit de la famille*, Droit de la famille, LexisNexis, n°1, janvier 2019, dossier n°7, paragraphe 3.

<sup>316</sup> Le caractère d'ordre public de la réserve en matière internationale avait déjà connu un recul avec la suppression du droit de prélèvement (décision n°2011-159 du Conseil constitutionnel qui a déclaré ce droit contraire à la Constitution au motif qu'il méconnaît le principe constitutionnel d'égalité devant la loi). Une proposition de loi n°645 du 23 janvier 2013 relative au principe d'égalité en matière successorale végète depuis à l'Assemblée nationale.

<sup>317</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 27 janvier 2017, n°16-13151, n°16-17198, AJ fam. 2017, 595, obs. BOICHÉ A. : *une loi étrangère « ne peut être écartée que si son application concrète, au cas d'espèce, conduit à une situation incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels (...) il n'est pas soutenu que l'application de cette loi [californienne] laisserait l'un ou l'autre des conjoints X..., tous majeurs au jour du décès de leur père, dans une situation de précarité économique ou de besoin (...) »*.

<sup>318</sup> FARGE M., *L'arbitrage et le contentieux familial international : deux mondes qui pourraient se rapprocher ?*, in Mélanges offerts à Geneviève PIGNARRE, un droit en perpétuel mouvement, LGDJ, 2018, p.336, paragraphe n°17.

<sup>319</sup> DEVERS A., *L'arbitrage en droit de la famille*, Droit de la famille, LexisNexis, n°1, janvier 2019, dossier n°7, paragraphe 3.



*expresses sont consacrées à ce mode de résolution des différends.*<sup>320</sup> » Objectivement, « *il ne semble pas possible de conclure à l'inarbitrabilité de principe des litiges relatifs à la matière successorale.*<sup>321</sup> »

**285. Déjudiciarisation et pacte sur successions futures :** Certains pourraient objecter la validité de la convention d'arbitrage établie en France au motif que la France prohibe les pactes sur successions futures, et il serait envisageable de rattacher la convention d'arbitrage aux pactes de successions futures. Toutefois, en droit français, la prohibition des pactes sur successions futures s'est affaiblie au cours des dernières décennies. En outre, en matière internationale, ne serait-il pas possible de contourner cette prohibition en se référant à l'article 3 du Règlement Successions aux termes duquel un pacte successoral est un accord qui confère modifie ou retire des droits dans la succession d'une ou plusieurs personnes au pacte. Si la convention d'arbitrage peut répondre aux critères de cette définition, alors, l'argument de la prohibition s'amenuise. De plus, une clause compromissoire qui aurait été stipulée dans un pacte sur succession future n'en demeurerait pas moins valable au regard du principe de l'autonomie de la clause compromissoire. Cette dernière pourrait vraisemblablement être licite alors même qu'elle serait contenue dans un acte nul.

**286. Argument doctrinal en faveur de l'arbitrage en matière successorale :**  
*« Actuellement le juge ne peut faire le partage en aucun cas : il ne peut que l'ordonner (CPC, art.1361), et, le cas échéant, nommer un notaire pour le faire (dans le cas des partages simples : CPC, art. 1359 et s.). La composition des lots et les attributions, bien que conflictuelles au sens où les parties ne sont pas d'accord sur leur valeur et encore moins sur les attributions, ne sont pas permises au juge, ce qui est d'ailleurs surprenant. La raison en est que le juge, en droit français, n'a pas le pouvoir de faire des contrats. Or le partage est un contrat. Mais c'est un contrat très particulier car il met un terme logique et inévitable à une situation instable et précaire (l'indivision) que le législateur veut voir cesser. Alors que l'on reconnaît au juge le droit de créer des liens de droit (par exemple celui d'organiser une servitude, d'imposer un bail à un époux en cas de divorce (C. civ., art. 285-1) il serait surprenant qu'on l'interdise à un arbitre, alors que les parties lui auraient conféré ce droit. En effet constitue, selon nous, typiquement, un droit disponible, le droit de choisir un lot et de participer aux attributions. Ce*

---

<sup>320</sup> WAUTELET P., *Le recours à l'arbitrage en matière de succession internationale, réflexions à partir du Règlement 650/2012*, JCP N, n°51é52, 23 décembre 2016, dossier 1350, p.42, paragraphe 1.

<sup>321</sup> WAUTELET P., *Le recours à l'arbitrage en matière de succession internationale, réflexions à partir du Règlement 650/2012*, JCP N, n°51é52, 23 décembre 2016, dossier 1350, p.43, paragraphe 6.

*droit peut être volontairement confié aux arbitres. Nous pensons que c'est même souhaitable car un grand nombre de partages achoppent sur un conflit d'attributions. Le tirage au sort n'est qu'un des moyens de parvenir à l'allotissement. L'arbitrage en serait donc un autre. Il faudrait aussi, d'ailleurs que les arbitres aient la faculté, en faisant le partage, de prévoir des soultes (le compromis stipulerait peut-être des limites à cette ou à ces soultes). En bref, le partage arbitré est possible, bien qu'il constitue un contrat, parce que ce dernier met un terme à un litige qui en empêche la réalisation et dont la solution, arbitrée, a pour effet mécanique de réaliser ce contrat très particulier.<sup>322</sup> »*

**287. Arbitrabilité prévue aux termes des dispositions à cause de mort :** Dès lors que le principe de l'arbitrabilité des litiges successoraux serait reconnu par la pratique et usité, il conviendra de déterminer avec plus d'assurance, le moment opportun pour insérer une clause compromissoire. La « (...) *question [est] de savoir si l'arbitrage est possible pour les litiges qui pourraient naître après l'ouverture de la succession. Par exemple, le 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 arrêté la composition ?*<sup>323</sup> » Ou alors, la clause compromissoire devra-t-elle être rédigée par les ayants droit appelés à la succession, *ab intestat* ou non, dans la mesure où ils peuvent renoncer aux droits dont ils sont investis ? Dans cette hypothèse, quel serait le support écrit d'une telle clause compromissoire ? *En définitive, « le droit français retenant le principe de la succession à la personne, certains estimeront peut-être que les héritiers substitués au défunt ne sont pas des tiers à la convention d'arbitrage. (...) les enfants peuvent-ils s'accorder pour confier à une juridiction arbitrale les litiges qui pourraient naître après l'ouverture de la succession d'un de leurs parents ? L'arbitrabilité du litige pourrait être discutée au regard du principe de prohibition des pactes sur succession future. Mais, le droit français autorisant la renonciation anticipée à l'action en réduction, la donation-partage, la donation-partage transgénérationnelle, la donation graduelle et la donation résiduelle, une convention d'arbitrage entre héritiers nous semble possible pour une succession future*<sup>324</sup> »

---

<sup>322</sup> DEPONDT A., *La mise en œuvre des procédures d'arbitrage et de conciliation*, Procédures, Hors-Série, LexisNexis Jurisclasseur, novembre 2015, p.14, paragraphes 14 et 15.

<sup>323</sup> DEVERS A., *L'arbitrage en droit de la famille*, Droit de la famille, LexisNexis, n°1, janvier 2019, dossier n°7, paragraphe 4.

<sup>324</sup> DEVERS A., *L'arbitrage en droit de la famille*, Droit de la famille, LexisNexis, n°1, janvier 2019, dossier n°7, paragraphe 4.

**288. L'exemple de l'Allemagne et de l'Autriche :** En Allemagne, en Autriche, par exemple, les textes législatifs envisagent le recours à l'arbitrage lorsque les conventions d'arbitrage sont prévues dans les dispositions à cause de mort<sup>325</sup>. L'arbitrabilité des litiges relatifs à la liquidation civile, comme par exemple le calcul des reprises, récompenses, créances entre époux, avec les problématiques liées à la preuve de détermination de ces dernières, mais aussi la composition des masses actives et passives avec l'enjeu des qualifications juridiques des biens (un fonds de commerce qui serait qualifié d'immeuble dans un Etat et de meuble dans un autre), l'évaluation du patrimoine, la réalisation des inventaires, l'articulation des avantages matrimoniaux applicables au jour de l'ouverture de la succession qui viderait le patrimoine successoral (trust, préciput au profit d'un conjoint survivant), la réunion fictive des libéralités et l'évaluation des rapports des libéralités, le calcul des droits du conjoint (notamment en présence d'un enfant non commun qui viendrait faire reconnaître sa filiation par la justice et ferait valoir une action en retranchement), le calcul de l'indemnité de réduction en cas de libéralités excessives, les difficultés liées à l'application d'un droit de retour, particulièrement en cas de remploi avec une preuve incertaine, etc. autant de points sur lesquels l'arbitrage peut trouver son essor. Le règlement d'une première succession peut également interférer dans une seconde. L'arbitrabilité du litige pourrait également porter sur la vente d'un bien qui aurait fait l'objet d'un legs *de residuo* (*a fortiori* si le *de cuius* alors bénéficiaire du legs *de residuo* avait régularisé peu de temps avant son décès, signé une promesse de vente, les héritiers sont liés par cette promesse, l'immeuble n'est plus dans la succession et le prix de vente n'intègre pas le patrimoine successoral en l'absence de subrogation dans ce cas-là). L'incidence d'une succession sur une autre intervient aussi par exemple au jour du décès d'un usufruitier qui avait une obligation de remploi des sommes d'argent. Serait également arbitral un litige lié à un partage, un recel successoral, etc..

**289. Bémol quant à l'étendue de l'arbitrabilité :** Mais, est-ce que les litiges relatifs à l'interprétation d'un testament, à la qualification d'un legs qui modifierait la vocation universelle de l'héritier et par conséquent sa vocation à être le continuateur de la personne du défunt, à l'établissement de la dévolution successorale notamment en présence d'une pétition d'hérédité ou la reconnaissance d'une acceptation tacite d'un héritier ou encore à la reconnaissance d'une donation entre époux au profit d'un ex-conjoint, non révoquée, et ce *a*

---

<sup>325</sup> ZPO (Allemagne), § 1066 ZPO. – ZPO (Autriche), § 581, al.2, cités in WAUTELET P., *Le recours à l'arbitrage en matière de succession internationale, réflexions à partir du Règlement 650/2012*, JCP N, n°51 et 52, 23 décembre 2016, dossier 1350, p.43, note de bas de page n°16.

*fortiori*, dans la mesure où en matière internationale celles-ci ne sont pas reconnues par tous les Etats, pourraient être arbitrables ?

**290.** Si en matière successorale, la finalité est généralement pécuniaire, donc relève du domaine patrimonial, certains aspects, comme la continuité de la personne du défunt, n'appartiennent pas à cette sphère. Néanmoins, il faut le reconnaître, non seulement il n'existe pas de motif légitime d'interdire, par principe, l'arbitrabilité d'un litige successoral qui porterait sur un droit patrimonial, mais aussi, il ne faut pas omettre, et ce n'est pas parce que c'est un mauvais souvenir que cela doit être oublié<sup>326</sup>, que l'arbitrabilité en matière successorale a d'ores et déjà été pratiquée en France<sup>327</sup>. D'ailleurs, un auteur rappelle que « *pour les successions ouvertes, plusieurs décisions ont admis le recours à l'arbitrage pour les litiges opposant les héritiers et autres bénéficiaires, sans toujours d'ailleurs se poser la question de leur arbitrabilité. La mission dévolue aux arbitres peut être de liquider et/ou partager la succession ou se limiter à l'inventaire des biens de la succession, à leur évaluation et à la fixation de leur valeur locative.* »<sup>328</sup> L'inventaire des biens mobiliers qui dépendent d'une succession en droit français, effectué par acte notarié, en présence ou non d'un commissaire-priseur, est un acte solennel qui contient dans le même acte ou par acte séparé une prestation de serment de toutes les personnes qui ont pu être en garde ou possession desdits biens et objets mobiliers. Si l'arbitre peut effectuer les inventaires, c'est-à-dire lister et évaluer chaque objet les uns après les autres, dans le cadre de la sentence arbitrale qu'il devra rendre, il restera limité par le bon vouloir des ayants droit qui, sous l'émotion, pourraient omettre de porter à sa connaissance certains objets qu'il maîtrisent d'ores et déjà. Si le recul de l'ordre public est aujourd'hui évident, il ne faut pas omettre qu'un trop grand libéralisme est nuisible. La société, l'arbitrage, ont besoin de l'ordre public, d'un cadre constitutif d'un véritable contrôle à respecter pour exister. Toutefois, la volonté a pris la place de l'ordre public familial<sup>329</sup>.

---

<sup>326</sup> En ce sens, voir tous les arrêts relatifs à l'Affaire Vasarely.

<sup>327</sup> Req., 5 février 1900, D. 1900, I, p.176. V., aussi, CA de LYON, 28 mai 1881, D. 1882, 2, p.190, Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 5 juin 1973, n° 72-10.870, Juris Data n°1973-000192, Bull. civ. 1973, I, n°192, *Rev. arb.* 1974, p. 11, note LOQUIN E.: « *Si larges qu'aient été ses pouvoirs d'amiables compositeurs, ils n'autorisaient pas en définitive le sieur Z... à transformer d'une façon préjudiciable aux héritiers, sans leur accord unanime, le mode d'exécution d'un legs que le déposant avait voulu dans leur intérêt échelonner dans un temps et qui devait se traduire pour les copartageants par une simple diminution de la valeur de certains éléments de l'actif successoral à répartir.* » V. aussi, dans la même affaire, CA de Paris, 11 février 1971, *Rev. arb.* 1973, p.29, note LOQUIN E., cités in RACINE J.- B., *L'arbitrabilité des litiges de droit de la famille*, Droit et patrimoine, n°275, 1<sup>er</sup> décembre 2017, p.26 et s., notes de bas de page n°12 et 13.

<sup>328</sup> DEVERS A., *L'arbitrage en droit de la famille*, Droit de la famille, LexisNexis, n°1, janvier 2019, dossier n°7, paragraphe 4.

<sup>329</sup> A. BENABANT, « *L'ordre public en droit de la famille* », in *L'ordre public à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle*, T. REVET (dir.), Dalloz, 1996 ; J. HAUSER, « *L'ordre public, rapport français* », in *L'ordre public*, Journées de l'association Henri Capitant, LGDJ, 1998, p. 475 et s., in SIEW-GUILLEMIN A.- S., *La famille à l'épreuve des droits fondamentaux*, Droit. Université Côte d'Azur, 2017.

**291. La matière successorale et le respect de l'ordre public en matière internationale : l'exemple du droit belge et l'affaire Vasarely :** Le recours à l'arbitrage ne peut pas être utilisé pour contourner les normes d'ordre public international. Dans une telle hypothèse, l'arbitre saurait que sa sentence serait annulée. En ce sens, en Belgique, le projet de loi proposé par la Chambre des représentants du 11 avril 2013 indiquait « *en tout état de cause, il y a lieu de tenir compte des règles de droit impératif dont l'application ne peut être obviée par la liberté de choix reconnue aux parties ou au tribunal arbitral*<sup>330</sup> ». L'article 1721 du Code judiciaire belge a dès lors été inséré et la version en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2013<sup>331</sup> dispose que « § 1<sup>er</sup>. Le tribunal de première instance ne refuse la reconnaissance et la déclaration exécutoire d'une sentence arbitrale, quel que soit le pays où elle a été rendue, que dans les circonstances suivantes : (...) b) si le tribunal de première instance constate : (...) ii) que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public (...) ». Il est ici précisé que la suite dudit article a été modifiée par les articles 103 et 007 de la loi 2016-12-25/14 en vigueur depuis le 9 janvier 2017. La Cour de cassation française a également été confrontée à la situation et énoncé que « *les conditions dans lesquelles l'arbitrage avait été décidé, organisé et conduit en faisaient un simulacre de procédure mise en place par les héritiers de l'artiste pour favoriser leurs intérêts au détriment de ceux de la Fondation, la cour d'appel a pu, hors toute dénaturation, en déduire l'existence d'une fraude à l'arbitrage contraire à l'ordre public*<sup>332</sup> ».

**292. Portée de l'affaire Vasarely :** « *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...*

---

<sup>330</sup> Doc. Parl., Chambre, 53 2743/001, p.34.

<sup>331</sup> La Cour de cassation de Belgique, le 15 octobre 2004, décision n°C020216N, *COLVI contre INTERDICA*, énonçait que « *lorsque la clause d'arbitrage est soumise, suivant la volonté des parties, à une loi étrangère, l'autorité judiciaire à laquelle un déclinatoire de compétence est opposé, peut exclure la possibilité d'arbitrage lorsque celle-ci porte atteinte à l'ordre public de son système juridique.* »

<sup>332</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 4 novembre 2015, pourvoi n°14-22630, affaire dite Vasarely.

*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.<sup>333</sup> » Rien ne s'oppose même à ce que le notaire en charge de la succession puisse arbitrer des litiges inhérents à des techniques successorales. Un notaire ne représente pas une partie. Il instrumente un acte. Il doit, déontologiquement, être neutre. En pratique, pour éviter un nouveau désastre, il semblerait prudent, dans l'intérêt de tous, que cela ne soit pas possible.*

**293.** Quid de l'arbitrabilité en matière d'obligations alimentaires ? (§6).

## **§ 5. En matière d'obligations alimentaires**

**294. L'indisponibilité et l'ordre public alimentaire :** La Cour de cassation a dégagé le principe d'ordre public alimentaire pour s'opposer à la reconnaissance d'une répudiation qui accordait une compensation pécuniaire dérisoire<sup>334</sup>. Elle est intervenue encore récemment en matière de prestation compensatoire<sup>335</sup>. De nombreuses conventions internationales existent pour garantir cette solidarité familiale. Le principe même de l'aliment n'est pas négociable. Les créanciers de cette obligation ne peuvent pas imposer à leur débiteur de renoncer à leur droit et la Cour de cassation confirme régulièrement ce principe protecteur.

---

<sup>333</sup> VESSAUD R., *Questions notariales et arbitrage*, Droit et patrimoine, n°275, décembre 2017, dossier, p.47.

<sup>334</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 16 juillet 1992, pourvoi n° 91-11.262, Bull. 1992, I, n° 229, Defrénois 1993, art. 35484, n°2, obs. MASSIP J. ; Rev. Crit. DIP 1993, p. 269, note COURBE P. : « l'arrêt attaqué, après avoir retenu que la loi marocaine ne prévoit ni prestation compensatoire, ni pension alimentaire pour l'épouse, ni dommages-intérêts pour celle-ci en cas de divorce, énoncée « qu'il est faux que l'absence d'une telle disposition est contraire à l'ordre public français » ; qu'en statuant comme elle l'a fait alors qu'une telle loi est manifestement incompatible avec l'ordre public français et devait être écartée au profit de la loi française, la cour d'appel a violé le texte susvisé » (Conv. La Haye, 20 octobre 1973, sur la loi applicable aux obligations alimentaires, art. 11). Cassation.

<sup>335</sup> Cour de cassation, civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juillet 2015, pourvoi n°14-17880, Bull. 2016, n°834, civ.1<sup>ère</sup>, n°46 « pour rejeter la demande de prestation compensatoire de l'épouse, l'arrêt retient, par motifs adoptés, qu'aux termes de leur contrat de mariage reçu par un notaire en Allemagne, le 31 mars 2000, les époux ayant exclu « toute prestation compensatoire selon le droit allemand ou tout autre droit », Mme Y... a renoncé, par avance, à toute prestation compensatoire. Qu'en statuant ainsi, alors qu'il lui incombait de rechercher, de manière concrète, si les effets de la loi allemande n'étaient pas manifestement contraires à l'ordre public international français, la cour d'appel a violé les textes susvisés. » Il appartenait au juge français, saisi d'une demande de prestation compensatoire, de rechercher, de manière concrète, si, en application de l'article 13 du Protocole de La Haye du 23 novembre 2007, les effets de la loi allemande, loi personnelle du mari, choisie par les époux lors de leur contrat de mariage alors qu'ils résidaient en Allemagne, aux termes duquel ils avaient exclu toute prestation compensatoire en cas de rupture du mariage, étaient manifestement contraires à l'ordre public international français.

**295. Loi applicable à la prestation compensatoire :** Conformément aux dispositions de l'article 15 du Règlement européen n°4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 et des articles 8, 13 et 22 du Protocole de La Haye du 23 novembre 2007, la loi applicable à la prestation compensatoire, conséquence pécuniaire de la rupture du mariage, qui doit être prononcée par une juridiction, relève de celle applicable aux obligations alimentaires.

**296. Disponibilité de la prestation compensatoire :** Le divorce met un terme aux obligations d'assistance et de secours. Aussi, afin d'atténuer la disparité des revenus entre les membres du couple à la suite d'une rupture – en espérant qu'aucune dissimulation des revenus ne soit effectuée –, une prestation compensatoire – à caractère indemnitaire et alimentaire – est attribuée à l'époux qui dispose le moins de revenus, sauf renonciation expresse ou tacite. S'il n'est pas possible de transiger au sujet d'une prestation compensatoire future, les ex-époux peuvent déterminer ensemble le montant et les modalités de la prestation. La prestation compensatoire est disponible.

**297.** *« S'agissant de la prestation compensatoire, tant qu'aucune instance en divorce n'est engagée, les époux ne peuvent pas valablement transiger sur leur droit futur à prestation compensatoire. Depuis la réforme de 2004, les époux peuvent pendant une procédure contentieuse de divorce s'entendre sur le montant de la prestation compensatoire et soumettre leur accord à l'homologation du juge. Pour la liquidation et le partage du régime matrimonial, l'approche est similaire puisque l'article 265-2 du Code civil dispose que les époux peuvent, pendant l'instance en divorce, passer toutes conventions. Ils sont alors, dans leurs rapports réciproques maîtres de leurs droits. Une convention relative à la liquidation et au partage du régime matrimonial ne peut donc pas être conclue avant l'assignation ou la requête conjointe en divorce. Il en va toutefois différemment pour les époux séparés de biens qui, n'étant pas tenus d'attendre la dissolution de leur régime matrimonial pour procéder à sa liquidation, peuvent valablement passer une convention tendant à la liquidation de leur régime matrimonial pendant le mariage. Ainsi, pour la prestation compensatoire et la liquidation et le partage du régime matrimonial, l'arbitrage est en principe interdit tant qu'aucune instance en divorce n'est engagée. L'arbitrage par des arbitres amiables compositeurs est en revanche possible pour la liquidation des droits matrimoniaux de deux époux après leur divorce. <sup>336</sup> »*

**298.** En outre, *« (...) pour la prestation compensatoire, la convention d'arbitrage ne peut pas être conclue tant qu'aucune instance en divorce n'est engagée et, sauf à admettre qu'il*

---

<sup>336</sup> DEVERS A., *L'arbitrage en droit de la famille*, Droit de la famille, n°1, janvier 2019, dossier n°7, paragraphe n°4.

*soit possible de faire rejuger par une juridiction arbitrale une prestation compensatoire qui a été fixée judiciairement, la convention d'arbitrage doit être conclue avant que la décision de divorce ne passe en force de chose jugée. L'article 1446 du Code de procédure civile [applicable en matière internationale] prévoyant que les parties ont la faculté de compromettre même au cours d'une instance déjà engagée devant une juridiction de l'Etat, les époux peuvent conclure un compromis pendant l'instance en divorce. Ils peuvent le faire après l'assignation ou la requête conjointe en divorce et avant le jugement de divorce. Ils peuvent aussi le faire à hauteur de cour d'appel.<sup>337</sup> »*

**299.** Concrètement, il n'est pas possible de renoncer par avance à un droit alimentaire, l'obligation alimentaire par conséquent n'est pas arbitrale. Toutefois, dès lors qu'une pension a été fixée par un juge, le droit est né, s'il n'est pas appliqué (en l'occurrence pas payé), alors, ce droit est disponible et pourrait éventuellement faire l'objet d'un arbitrage.

**300. Solidarité en cas de décès :** Les solidarités financières qui existaient durant la vie de couple prennent fin lorsque le divorce est définitivement prononcé. En revanche, lorsque la vie de couple s'achève par le décès de l'un d'eux, le survivant bénéficie, dans certains cas, d'une pension de réversion. *« La pension de réversion a pour objet de compenser la perte de revenu que le conjoint survivant subit du fait du décès de son époux (...) Pour les concubins, il [le Conseil constitutionnel] constate qu' « à la différence des époux, (ils) ne sont légalement tenus à aucune solidarité financière à l'égard des tiers ni à aucune obligation réciproque (consid. 5). Pour les partenaires, le Conseil souligne que « contrairement aux personnes vivant en concubinage, (ils) sont assujettis à des obligations financières réciproques et à l'égard des tiers ; que, toutefois, les dispositions du Code civil ne confèrent aucune compensation pour perte de revenus en cas de cessation du pacte civil de solidarité au profit de l'un des partenaires, ni aucune vocation successorale au survivant en cas de décès d'un partenaire » (consid. 6). Pour les époux, le Conseil met en avant le fait que « le régime du mariage a pour objet non seulement d'organiser les obligations personnelles, matérielles et patrimoniales des époux pendant la durée de leur union, mais également d'assurer la protection de la famille ; que ce régime assure aussi une protection en cas de dissolution du mariage » (consid. 7).<sup>338</sup> »* Cette décision du Conseil constitutionnel répond à une question prioritaire de constitutionnalité.

---

<sup>337</sup> DEVERS A., *L'arbitrage en droit de la famille*, Droit de la famille, n°1, janvier 2019, LexisNexis, dossier n°7, paragraphe n°6.

<sup>338</sup> DEVERS A., *Refus d'étendre aux couples non mariés le bénéfice d'une pension de réversion*, La Semaine juridique, édition sociale, n°41, 11 octobre 2011, Jurisprudence protection sociale n°1458.



Mais est-ce qu'il serait possible d'envisager l'arbitrabilité d'un litige qui concernerait les solidarités financières au sein du couple et/ou entre un époux et l'organisme débiteur ?

**301. Solidarité transgénérationnelle :** S'il existe des solidarités financières entre époux, il existe également des solidarités transgénérationnelles. Les parents doivent assurer l'entretien et l'éducation de leurs enfants. Quid de l'arbitrabilité d'un litige qui impliquerait l'établissement d'un lien de filiation préalable au recouvrement d'aliments ? Les enfants doivent subvenir aux besoins de leurs parents nécessiteux. Cette obligation incombe également aux gendres et belles-filles en raison du lien d'alliance qui existent entre eux, si la situation de besoin est avérée et que le créancier a les moyens financiers pour y subvenir. Dès lors que ces litiges porteraient sur les recherches qui permettraient de déterminer le patrimoine pour apprécier les situations de besoin et de fortune, sur l'exécution volontaire du recouvrement, il serait possible d'envisager, d'encourager, l'arbitrage.

**302.** La solidarité s'exerce non seulement en matière transgénérationnelle mais aussi en matière de protection des personnes vulnérables (§7).

## **§ 6. En matière de protection des personnes majeures vulnérables**

**303. Définition :** « *La capacité juridique est l'aptitude à devenir le sujet de droits et d'obligations. La capacité juridique peut être envisagée sous différents aspects suivant la nature des droits auxquels elle s'applique. C'est ainsi que l'on distingue la capacité politique et la capacité civile, selon qu'il s'agit de la jouissance et de l'exercice des droits politiques ou des droits civils* <sup>339</sup> ».

**304. L'inarbitrabilité de la capacité :** L'article 506 du Code civil français dispose que « *le tuteur ne peut transiger ou compromettre au nom de la personne protégée qu'après avoir fait approuver par le conseil de famille ou, à défaut, par le juge les clauses de la transaction ou du compromis et, le cas échéant, la clause compromissoire* ». L'idée de protection de ces personnes guide la matière ; aussi s'est imposé le principe de la non-

---

<sup>339</sup> AUBRY C. et RAU C., *Cours de droit civil français d'après la méthode de ZACHARIAE*, Tome 1, 5<sup>ème</sup> éd., 1897, page 260, <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5492836f/f279.item.texteImage>.

arbitrabilité de la capacité. La transaction, le compromis, la clause compromissoire au nom d'une personne protégée, sont qualifiés d'actes de disposition aux termes de l'annexe 1 du Décret n°2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du code civil. Dans le cadre de l'administration légale, l'article 387-1 du code civil français dispose depuis l'ordonnance du 15 octobre 2015 que l'administrateur légal, ne peut, sans autorisation du juge, transiger ou compromettre au nom du mineur.

**305.** La loi n°2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme sur la protection juridique des majeurs a introduit dans la Code civil français, notamment, le mandat de protection future qui permet à toute personne majeure, d'anticiper l'organisation de sa propre protection en désignant, à l'avance, un ou plusieurs tiers de son choix pour veiller sur ses biens et sur sa personne en cas de nécessité. Ce mandat, une fois enregistré, ne se déclenche que sur expertise médicale. Ce type de mandat existe notamment au Canada dans les provinces de Québec, de l'Ontario, de Colombie Britannique, mais aussi en Angleterre, en Allemagne, en Belgique, en Espagne, en Italie, en Suisse. Ce mandat, sous seing privé ou notarié, permet au mandataire d'effectuer des actes d'administration du patrimoine. Lorsqu'il est notarié, les pouvoirs du mandataire peuvent s'étendre aux actes de dispositions et l'intervention du juge des tutelles est limitée à quelques opérations particulières. Cette intervention du juge pourrait-elle être remplacée par celle d'un arbitre ? Est-ce qu'un arbitre pourrait avoir une mission d'accompagnement, de surveillance, comme l'effectue un juge ou bien son rôle doit-il se limiter à trancher un différend ? Est-ce qu'il serait possible pour un arbitre, si le mandat concernait un chef d'entreprise, d'autoriser une cession à titre onéreux, un apport en société, un renouvellement d'un bail commercial, etc., afin de limiter les délais de traitement de demandes d'autorisation judiciaire ? Est-ce que l'arbitre devrait, en présence d'un mineur non émancipé ou d'un majeur protégé, obtenir préalablement à toute sentence, l'autorisation du juge des tutelles pour compromettre ?

## Conclusion du Chapitre 1

**306.** Le concept d'arbitrabilité n'est pas défini au Royaume-Uni par exemple, et, est intrinsèquement, dans tous les pays, difficilement définissable. Il se heurte à la liberté individuelle qui se coordonne elle-même avec la liberté d'autrui dans un contexte plus général et au pouvoir de la volonté individuelle, de plus en plus régulièrement placée sur un piédestal. Cette confrontation rendait certains domaines juridiques non arbitrables. Mais, ces obstacles traditionnels qui limitent l'arbitrabilité sont mouvants et à géométrie variable en fonction des Etats, ce qui rend son appréhension moins aisée. En outre, il semblerait qu'en lieu et place d'une confrontation une coordination s'imposerait, de telle sorte que la liberté et la volonté individuelle puissent régner. L'appréhension de l'arbitrabilité serait encore plus difficile voir casuistique.

**307.** Cette difficulté n'exclut pas le fait que les obstacles traditionnels permettent, à ce jour, de savoir, *a priori*, d'une part si l'arbitre sera ou non compétent et d'autre part si la convention d'arbitrage est ou non valable et *a posteriori* si la convention d'arbitrage pourra recevoir l'exequatur et appréhender le contrôle qui portera sur cette dernière.

**308.** En outre, l'arbitre est généralement désigné par les parties par défiance des juridictions étatiques craignant que la juridiction saisie tranche en faveur de la partie qui réside dans cet Etat ou qui a la même nationalité ; l'arbitre, indépendant, est choisi par les parties parce qu'il est perçu, à tort ou à raison, comme celui qui connaît les ordres juridiques en cause et qui sera plus indépendant et impartial qu'un juge étatique. Aussi, si l'arbitre n'est pas un gardien du concept d'arbitrabilité, il pourrait en être le garant.

**309.** Ce concept d'arbitrabilité évolue et nombreux sont les auteurs qui veulent tirer profit de la zone d'ombre entre un droit purement indisponible et un droit indiscutablement disponible. Il existe de nombreux droits pour lesquels, en fonction du temps, de l'espace, des parties, la qualification nette n'est pas tranchée, de nature hybride ou évolutive, cette incertitude quant à la qualification de ces droits ouvre de nouvelles perspectives (Chapitre 2).

## **CHAPITRE 2 - LES CRITERES DE L'ARBITRABILITE : UN FACTEUR DE DYNAMISME**

**310. Dynamique :** Brûlante d'actualité, la notion d'arbitrabilité est mouvante. Cette matière dynamique vit au rythme des transformations socio-économiques qui bouleversent le droit et la justice. Chaque génération s'interroge pour savoir « qu'est-ce que la Justice ? ». Si PLATON recherche une justice idéale, et pas seulement lui, dans la lignée d'ARISTOTE, de manière plus pragmatique, il est possible de constater que la justice est protéiforme, entre la morale, la volonté, la recherche de l'acte juste, la légalité, l'égalité, l'équité, la politique (dans le sens de trouver sa place dans la cité). Elle se révèle plurielle. Elle impose un raisonnement dianoétique qui est l'essence du droit.

**311.** Cette justice cherche sa place dans la cité, à côté des autres pouvoirs dans l'esprit de MONTESQUIEU « *il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice*<sup>340</sup> ». Elle cherche aussi sa place quant à ses modalités d'exercice, justice étatique *versus* justice privé, et quand elle s'avère privé, elle s'interroge sur l'étendue de son champ d'application.

**312.** Ainsi, de nombreux domaines qui étaient considérés comme non-arbitrables le sont devenus, et bousculent plusieurs obstacles traditionnels. De nouvelles perspectives sont ouvertes notamment en droit de la consommation, en droit des procédures collectives et, bien évidemment, en droit de la famille.

**313. Un dynamisme nécessaire ?:** Une partie de la doctrine défend que ces adaptations sont nécessaires, et même indispensables à la lumière de la modernisation des standards de l'arbitrage. Afin que cette justice privée, fiable et effective, le soit encore plus, la confiance que les parties feront à cette institution, qu'ils accorderont à l'arbitre de leur choix au lieu et place d'un juge imposé, impliquera une démystification de l'arbitrage et des potentialités de développement dont certaines semblent imminentes (Section I), et d'autres sont redoutées (Section II).

---

<sup>340</sup> MONTESQUIEU Ch.-L. de S., *L'esprit des Lois*.

## **Section I - les potentialités de développement imminentes ?**

**314.** Le droit de la famille, les critères de l'arbitrabilité, sont des domaines vivants, en perpétuelle évolution. Ces deux notions, famille et arbitrabilité, s'opposent et s'attirent. L'antagonisme qui apparaît de prime abord est renforcé par la distance qui sépare la famille et le droit, *a fortiori* le droit processuel. « *Combien de familles vivent et meurent dans une totale ignorance des règles juridiques ?* <sup>341</sup> » Toutefois, il s'avère que les familles « *respectent un code, un code social (parfois si bien intégré qu'elles n'en ont nullement conscience), mais pas le Code civil. Le droit ne s'impose à elles que dans les heures sombres de la vie : la séparation, le divorce, la mort. La vie des familles est largement régie par d'autres règles : coutumières, morales, sociales, venues parfois du fond des âges (l'attribution du nom, jusqu'à une époque récente) ou nées sous nos yeux d'un bouleversement soudain des mœurs (qui eût dit il y a vingt ans que la loi bénirait les couples homosexuels ?)* <sup>342</sup> ». Ce bouleversement des mœurs rapproche le droit de la famille et les critères de l'arbitrabilité. Une certaine érosion semble altérer les piliers traditionnels et construire un nouveau paysage. Le bouleversement de ces notions (§1) implique des conséquences très pragmatiques et de nombreuses interrogations quant à l'arbitrabilité imminente de certaines matières comme la responsabilité parentale, le divorce, l'obligation alimentaire (§2).

### **§ 1. En raison du recul des obstacles traditionnels**

**315. Le recul des obstacles traditionnels au travers du prisme de la comparution :** La comparution d'une personne révèle des informations sur cette dernière qui sont immuables et hors du pouvoir de la volonté individuelle. Toutefois, il semblerait que, sur le plan individuel et familial, cette stabilité soit quelque peu ébranlée, et finalement, deux éléments seulement seraient immuables : la date et le lieu de naissance. Une équipe de chercheurs est parvenue à cultiver des embryons issus de fécondation *in vitro* pendant treize jours, car la limite légale autorisée en Grande Bretagne est de quatorze jours. Cette limite légale se retrouve également aux Etats-Unis et en Australie dans la mesure où après quatorze jours, l'embryon se transforme en structure primitive humaine avec une tête et une queue. Ces

---

<sup>341</sup> FULCHIRON H., MALAURIE Ph., *Droit de la famille*, LGDJ, 6ème édition, janvier 2018.

<sup>342</sup> FULCHIRON H., MALAURIE Ph., *Droit de la famille*, LGDJ, 6ème édition, janvier 2018.

techniques permettront peut-être un jour de programmer la date et le lieu de naissance d'une personne, comme il est déjà possible de prévoir les date et lieu de naissance d'une personne née lors d'un accouchement qui est déclenché. Néanmoins, ce n'est pas l'individu lui-même qui choisit de naître tel jour à tel endroit. Cette volonté n'émane pas de lui, mais d'autres personnes, au minimum une autre, souvent deux, quelquefois plus. Cependant, si pour l'instant il n'est pas possible de choisir, sauf déclenchement, sa date de naissance, un homme aux Pays-Bas a demandé à la justice de changer son âge sur son acte d'état civil dans la mesure où il se sent plus jeune de vingt ans. L'acte d'état civil, acte authentique, deviendrait-il un acte qui illustrerait non plus des faits objectifs mais le ressenti, la volonté de son titulaire, qu'il conviendrait d'arbitrer en cas de litige lorsqu'une opposition pourrait être générée si un tiers intéressé conteste la véracité ou son caractère burlesque ?

**316. *Nom et prénom* :** En revanche, sur les autres éléments constitutifs de sa comparution, et contrairement à une première lecture stricte de la définition qui résulte de l'indisponibilité de l'état de la personne, la volonté individuelle a un pouvoir. « *Toute personne peut demander à l'officier d'état civil de changer de prénom*<sup>343</sup> », de nom en présence d'un intérêt légitime<sup>344</sup> ; possibilité simplifiée en matière internationale<sup>345</sup>. Autrefois, donner son nom c'était intégrer un enfant dans une lignée, ce qui n'est plus toujours le cas aujourd'hui. Au Brésil, certains enfants naissent sans nom, sans identité juridique, et sont objets de trafics. Aux Etats-Unis, certains enfants font l'objet de plusieurs adoptions successives *-rehoming-*, changeant ainsi de nom au gré des adoptions. Dans la plupart des Etats, le nom d'un enfant peut également changer en fonction de l'histoire conjugale d'un de ses parents, tantôt reconnu par le conjoint du parent, puis remis en question, pour être reconnu par un autre, etc. ; toutefois, si

---

<sup>343</sup> Article 60 du Code civil français, à titre d'exemple, cet article peut être comparé avec l'article 58 du Code civil québécois. Le Code civil québécois envisage également, en son article 56, que « *celui qui utilise un autre nom que le sien est responsable de la confusion ou du préjudice qui peut en résulter* ».

La Cour EDH, le 11 octobre 2018, dans son arrêt n° 55216/08, S.V. c. Italie, a déclaré que le refus des autorités italiennes d'autoriser une femme à changer de prénom en cours de processus de conversion sexuelle caractérise une atteinte disproportionnée au respect de sa vie privée et a rappelé que la notion de « *vie privée recouvre non seulement l'intégrité physique et morale de l'individu, mais aussi certains aspects de l'identité physique et sociale de celui-ci* ». @lexisNexis 16/10/2018.

<sup>344</sup> Article 61 du Code civil français : toujours indisponible (« *nul ne [peut] porter à titre de patronyme un nom autre que celui qu'indique son acte de naissance* » (Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 23 février 1965, Bull. 1965, I., n°148) mais plus immuable et d'une imprescriptibilité relative (le nom ne se perd pas par le non-usage mais il est possible d'en revendiquer une possession acquisitive lorsque celle-ci est loyale et prolongée, V. Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 31 janvier 1978, pourvoi n°75-13.011, Bull. 1978, I, n°41 ; D.1979, p.182, note R. Savatier ; JCP éd. G. 1979, II, 19035, note P. Nérac, et Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 15 mars 1988, de Saintecatherine c. Procureur général de Limoges, pourvoi n°85-17.162, Bull. 1988, I, n°78, D. 1988. 549, note MASSIP J., JCP 1989, II, 21347, note AGOSTINI : « *Le nom ne se perd pas par le non-usage. Si la possession loyale et prolongée d'un nom est propre à conférer à l'individu qui le porte le droit à ce nom, elle ne fait pas obstacle à ce que celui-ci, renonçant à s'en prévaloir, revendique le nom de ses ancêtres, qu'il n'a pas perdu en raison de l'usage d'un autre nom par ses ascendants les plus proches* ».

<sup>345</sup> Article 61-3-1 du Code civil français.

cette modification intervient lorsque l'enfant est majeur à la date du jugement, son consentement au changement de nom est requis<sup>346</sup>. Sans modifier en tant que tel son nom, l'usage du nom d'une personne peut évoluer notamment en cas de mariage si l'un des époux utilise le nom patronymique de l'autre ou si les deux époux associent leurs noms, comme c'est le cas traditionnellement en Espagne, au Portugal ou récemment autorisé en France, en Belgique.

**317.** Le changement de nom peut également être lié à la modification du lien de filiation. La Cour de cassation française s'est prononcée quant au consentement de l'enfant majeur au changement de nom lorsqu'une reconnaissance de complaisance est annulée impliquant la disparition rétroactive du lien de filiation qui en découlait<sup>347</sup>.

**318.** Au Chili, la loi du 12 septembre 2018 autorise le changement de nom et de sexe à l'état civil pour les transgenres, dès l'âge de quatorze ans. L'adolescent devra alors être accompagné de son représentant légal. A défaut de représentant légal, il s'adressera à un juge, quid d'une demande, un jour peut-être, auprès d'un arbitre ?

**319. *Le sexe :*** En ce qui concerne le sexe, au Royaume-Uni, un adage énonçait que le Parlement pouvait tout faire sauf changer un homme en femme, maxime désuète ; à 90 ans, Peter Davies est devenu Patricia, légalement, depuis le *Gender Recognition Act 2004*, en vigueur depuis le 4 avril 2005. En France, sans cesser de se référer à l'indisponibilité de l'état des personnes, la Cour de cassation, en 1992<sup>348</sup>, a autorisé, en cas de transsexualisme, la modification du sexe en marge de l'acte d'état civil. La loi dite Justice XXI a créé une nouvelle procédure pour permettre à toute personne majeure, ou mineure émancipée, de modifier la mention relative à son sexe dans les actes d'état civil sans subir des traitements médicaux, ni opération chirurgicale, ni stérilisation. Ce changement s'effectue gratuitement, sans avoir besoin d'être assisté par un avocat. En Belgique, cette modification résulte également d'une simple procédure administrative auprès du fonctionnaire de l'état civil. Il a été constaté que « depuis le 1er janvier 2018, soit l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur la transsexualité, le nombre de personnes ayant fait enregistrer un changement de sexe dans leurs actes d'état civil a augmenté de près de 600 personnes, soit un tiers des enregistrements depuis 25 ans. Fin septembre 2018, le compteur de l'état civil affichait 1 625 enregistrements de changement de

---

<sup>346</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 5 septembre 2018, n°17-21.140, F-P+B, BATTEUR A., *Nom de famille de l'enfant majeur et modification du lien de filiation*, L'ESSENTIEL Droit de la famille et des personnes, n°09, 1<sup>er</sup> octobre 2018, p. 2.

<sup>347</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 5 septembre 2018, n°17-21.140, F-P+B, BATTEUR A., *Nom de famille de l'enfant majeur et modification du lien de filiation*, L'ESSENTIEL Droit de la famille et des personnes, n°09, 1<sup>er</sup> octobre 2018, p. 2.

<sup>348</sup> Cass., ass. plén., 11 décembre 1992, pourvoi n° 91-11.900 et pourvoi n° 91-12.373, Bull. 1992.

sexe. Sur les enregistrements de 2018, 42% concernent des personnes âgées de moins de 25 ans, indiquant une forte demande de la jeune génération. On observe aussi une augmentation du nombre de jeunes femmes souhaitant se faire enregistrer comme hommes. 71% des changements ont été enregistrés en Région flamande, 23% en Région wallonne et 5% à Bruxelles.<sup>349</sup> »

**320.** En Australie, le parti travailliste propose un projet de loi qui détaille les différentes options de genre, pangendre, neutre, intersexe, etc. déclinées en trente-trois étiquettes différentes que les parents pourraient choisir lors de la déclaration de la naissance de leurs enfants. Le parti travailliste considère que l’option binaire masculin-féminin constitue une forme de « *discrimination pour les personnes transgenres* »<sup>350</sup>.

**321. La capacité :** la volonté individuelle peut aussi s’illustrer en matière de capacité. Certes, personne ne souhaite être un jour inapte. Afin de se prémunir de cet hypothétique jour redouté, une personne peut organiser son éventuelle défaillance en choisissant la personne de confiance qui s’occupera d’elle en rédigeant un mandat de protection future. Si la pratique se développe en France, au Québec, ce mandat est rédigé en même temps que le testament et rare sont les québécois qui n’en rédigent pas. Pour cet élément de l’état de la capacité des personnes, la volonté individuelle s’exerce sur les dispositions qu’elle choisit de prendre ou non, alors qu’elle a un plus grand pouvoir en matière de domicile.

**322. Domicile et résidence :** Les personnes sont de plus en plus mobiles au cours de leur existence. Pour des raisons professionnelles ou non, une personne ne meurt plus dans la maison où elle est née, et rares sont celles qui décèdent dans la ville où elles sont nées. La volonté individuelle peut également s’exercer dans le choix de la dernière résidence : lieu d’inhumation, dispersion des cendres, voire la date et le lieu de son décès en cas de suicide assisté autorisé en Suisse, aux Pays-Bas, dans certains états des Etats-Unis et au Canada. A chaque étape géographique, la personne peut, en respectant certaines conditions, obtenir la

---

<sup>349</sup> Institution Européenne de Bioéthique : <https://www.ieb-eib.org/fr/bulletins/transgenres-explosion-des-enregistrements-a-letat-civil-508.html#sujet1524> version consultable au 29 novembre 2018.

<sup>350</sup> <https://www.dailymail.co.uk/news/article-6431245/Australians-select-33-different-gender-labels-radical-new-proposal.html>, *Omnigender, neutrois and intersex : Australians to choose from 33 different gender labels for passports and birth certificates under radical new Labor proposal*, article de Sahar MOURAD du 26 novembre 2018, version consultable au 29 novembre 2018 : « *Australians may soon have the option to select from several different gender labels on their official documents under a draft proposal by the Labor Opposition. Omnigender, neutrois and demigender are among 33 labels that will be discussed at the party’s upcoming national conference and could soon be seen printed on passports and birth certificates (...) The proposal argues that transgender and intersex people would be able to enjoy “equal human rights without discrimination” with the additional gender options. The party will also look at promoting options beyond “binary male and female”* ».



nationalité de l'état dans lequel elle réside et ainsi cumuler plusieurs nationalités.

**323. La filiation :** La volonté individuelle a un rôle en matière de filiation, notamment en cas d'accouchement sous « X », d'adoption, fécondation *in vitro*, gestation pour autrui, d'exogénèse si la science poursuit ainsi, en cas de contestation de sa filiation ou de recherche de ses origines. Elle a également un rôle en matière matrimoniale. A l'exception de certains pays dénoncés par l'ONU où une fille sur trois est mariée avant ses dix-huit ans, le mariage résulte de la volonté des futurs époux. En Europe, le mariage n'est plus indissoluble - sauf dans l'Etat du Vatican - , une personne peut conclure un pacte civil, un mariage, divorcer, se remarier, à l'infini au gré de sa volonté.

**324. Subjectivisation et indisponibilité :** L'indisponibilité de l'état de la personne semble perdre de sa signification. Ce sentiment est corroboré par un phénomène de subjectivisation de l'identité. L'expression de Simone de BEAUVOIR qui ouvre le tome II du Deuxième sexe est célèbre « *on ne naît pas femme, on le devient*<sup>351</sup> » ; l'individu devient ce qu'il pense être ou ce qu'il rêve d'être. Sa construction identitaire est fondée sur un sentiment d'identité qui s'affranchit de ce qui pourrait ressembler à une loi biologique naturelle. Ces éléments, sur le plan individuel, date et lieu de naissance, nom, prénom, sexe, capacité, domicile, et sur le plan familial, filiation, mariage, qui composent l'indisponibilité de l'état des personnes, sont-ils pour autant devenus disponibles ? Disponible, en droit des biens, signifie qu'il est possible d'en disposer, à titre onéreux ou à titre gratuit, qu'il est ainsi possible de les donner, de les vendre ou d'y renoncer. Le droit distingue plusieurs pouvoirs sur un bien : l'usage, l'administration et la disposition. La définition de l'indisponibilité des droits évoque la disposition, or, sur le plan individuel comme familial, il n'est pas encore possible de vendre ou de donner sa capacité juridique, sa filiation, ni son mariage. L'évolution serait alors, s'il est possible de la qualifier ainsi, au niveau de l'usage et de l'administration : la volonté individuelle influence l'usage et chaque personne aurait une plus grande administration des éléments de sa comparution individuelle et de sa vie familiale : elle peut effectuer de nombreuses modifications, qui jusque-là, semblaient invraisemblables.

**325.** L'indisponibilité, la transigibilité, la patrimonialité, sont des critères traditionnels de l'arbitrabilité. Le critère d'arbitrabilité ne figure pas de manière explicite dans

---

<sup>351</sup> BEAUVOIR, S. de, *Le Deuxième sexe*, éd. Gallimard, 1949, réimpr. 1976, T.II, chap.1, p.13.

certaines pays, comme au Royaume-Uni par exemple. L'*Arbitration Act* de 1996, sans définir l'arbitrabilité édicte les règles applicables en matière d'arbitrage. L'absence de définition n'implique pas l'absence de limites. Le concept d'arbitrabilité fondé selon les pays sur l'indisponibilité, la transigibilité, la patrimonialité, est également intimement lié à l'ordre public. Dans certaines législations, l'exception de l'ordre public constitue l'un des seuls remparts face à une sentence arbitrale étrangère. Au cours des dernières années, les fortifications de ce rempart sont très souvent attaquées, certaines détruites et remplacées par le principe inverse. Néanmoins, les fondations restent solides, ce qui lui permet d'être efficace, tout en sachant que c'est une notion évolutive, difficile à appréhender. Sans chercher à définir l'ordre public, il est intéressant d'appréhender concrètement les remparts qui existent encore aujourd'hui, en attendant le prochain chamboulement.

**326. La place de l'ordre public dans les conventions internationales :** La plupart des conventions internationales laissent une place à la réserve de l'ordre public. L'ordre public est susceptible d'intervenir à plusieurs niveaux, lorsque les premières étapes sont franchies et que l'arbitrabilité du litige est reconnue et permet la mise en œuvre d'une convention internationale, il s'avère que l'ordre public est encore présent<sup>352</sup>.

**327. Le phénomène dit de « conventionnalisation » de l'ordre public international** est notamment pris en considération par la jurisprudence de la Cour de cassation. Il peut également résulter de toute juridiction nationale qui décide que telle ou telle norme européenne contenue dans une Convention est d'ordre public ; cette décision est applicable à l'ordre juridique de l'état du *for*, voir dans certains cas, à l'ensemble des pays européens<sup>353</sup>.

**328. La conception européenne de l'ordre public en matière internationale :** « *La référence à l'ordre public européen (...) c'est un ordre public de défense des droits de l'homme qui s'inspire en l'occurrence de la Convention européenne des droits de l'homme. Du point de*

---

<sup>352</sup> Par exemple, la réserve de l'ordre public est indiquée dès les dispositions générales de la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, lesquelles énoncent que « *La Convention reconnaît cinq motifs pour lesquels la reconnaissance et l'exécution d'une sentence peuvent être refusées sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée: l'incapacité des parties, l'invalidité de la convention d'arbitrage, la méconnaissance des procédures régulières, un différend non visé par la convention d'arbitrage, l'incompétence du tribunal arbitral et l'annulation ou la suspension d'une sentence dans le pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, elle a été rendue. La Convention retient également deux autres motifs pour lesquels un tribunal peut, de sa propre initiative, refuser de reconnaître une sentence et d'en accorder l'exécution : l'inarbitrabilité et la contrariété à l'ordre public* ». Cette réserve est confirmée en son article V, 2) b°, lequel dispose « (...) *La reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront aussi être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate b) Que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays* ».

<sup>353</sup> Civ. Bruxelles, 8 mars 2007, *Rev. arb.*, 2007, p.303 et s., affaire SNCF/Cytec, in LOQUIN E. et MANCIAUX S. (dir.), *L'ordre public et l'arbitrage*, actes du colloque des 15 et 16 mars 2013, LexisNexis, Vol. 42, 2014, p.116.

*vue normatif, il fait partie de l'ordre public national ; du point de vue matériel en revanche, il met en œuvre des conceptions sur les droits de l'homme qui découlent de la Convention, qui est la principale convention régionale de protection de ces droits, mais qui n'en est pas la seule source ni même, historiquement, la première.*<sup>354</sup>» Il en est notamment ainsi en matière d'obligations alimentaires, de protection des mineurs et de protection des enfants dans le cadre d'une adoption internationale et de responsabilité parentale, de répudiation et des conséquences financières de la rupture du mariage.

**329. En matière d'obligations alimentaires**, lorsqu'une décision est manifestement incompatible avec l'ordre public de l'Etat requis, cette dernière ne pourra pas être exécutée, et ce en application des Conventions de La Haye du 15 avril 1958<sup>355</sup> et du 2 octobre 1973<sup>356</sup>. En matière d'obligations alimentaires, la jurisprudence de la Cour de cassation, en application de conventions internationales ou bilatérales, a interdit l'application de décisions étrangères qui contrevenaient à l'ordre public<sup>357</sup>.

**330. Pour la protection des mineurs**, cette réserve d'ordre public est prévue par la Convention de La Haye du 5 octobre 1961<sup>358</sup>. Dans le domaine d'une part de la protection des enfants et de la coopération en matière d'adoption internationale<sup>359</sup>, et d'autre part, de la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants<sup>360</sup>, l'adoption ou la loi

---

<sup>354</sup> KINSCH P., *Les contours d'un ordre public européen : l'apport de la Convention européenne des droits de l'Homme*, in *Vers un statut familial européen*, Actes du colloque organisé par le Centre de Droit de la Famille de l'Université Jean-Moulin Lyon 3, sous la direction de BIDAUD-GARON Ch. et FULCHIRON H., en association avec le CREDIP à Lyon, les 21 et 22 novembre 2013, Dalloz, 2014, p.148.

<sup>355</sup> Convention de La Haye du 15 avril 1958 relative à la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants, article 2, 5° : « *Les décisions rendues en matière d'aliments dans un des Etats contractants devront être reconnues et déclarées exécutoires, sans révision au fond, dans les autres Etats contractants, si (...) 5° la décision n'est pas manifestement incompatible avec l'ordre public de l'Etat où elle est invoquée* ».

<sup>356</sup> Convention de La Haye du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions relatives aux obligations alimentaires, article 11, alinéa 1 : « *L'application de la loi désignée par la Convention ne peut être écartée que si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public.* »

<sup>357</sup> Sur le fondement de la Convention de La Haye du 15 avril 1958, concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants et celui de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires, par exemple : Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 2 décembre 1992, pourvoi n° 90-21.448, Bull. 1992, I, n° 296 ; Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 18 septembre 2002, pourvoi n° 99-19.294, Bull. 2002, I, n° 204 et Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 9 décembre 2003, pourvoi n° 01-17.136, Bull. 2003, I, n° 249.

<sup>358</sup> Convention de La Haye du 5 octobre 1961, concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs, article 16 : « *les dispositions de la présente Convention ne peuvent être écartées dans les Etats contractants que si leur application est manifestement incompatible avec l'ordre public.* »

<sup>359</sup> Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale : article 24 : « *La reconnaissance d'une adoption ne peut être refusée dans un Etat contractant que si l'adoption est manifestement contraire à son ordre public, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant.* »

<sup>360</sup> Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants : article

appliquée sera refusée si elle est contraire à l'ordre public d'un Etat contractant ; cette contrariété à l'ordre public est appréciée dans les deux cas au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant.

**331. Répudiation, conséquences financières de la rupture du mariage :** La jurisprudence de la Cour de cassation, en application de conventions internationales ou bilatérales, a interdit l'application de décisions étrangères qui contrevenaient à l'ordre public, par exemple, en matière de répudiation<sup>361</sup>. L'exception d'ordre public a également permis d'évincer une loi étrangère qui ne prévoit pas de compensation financière à la suite de la rupture du mariage<sup>362</sup>.

**332. La conception française de l'ordre public en matière internationale :** Avant d'évoquer la conception française de l'ordre public en matière internationale, il semble utile de rappeler que la France est un état-nation composé d'une partie européenne avec les îles côtières, notamment la Corse, appelée la France métropolitaine, et de nombreux territoires d'outre-mer situés en dehors du continent européen, dans tous les océans du monde à l'exception de l'océan

---

22 : *L'application de la loi désignée par les dispositions du présent chapitre ne peut être écartée que si cette application est manifestement contraire à l'ordre public, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant.*

<sup>361</sup> En matière de répudiation, la réserve d'ordre public est d'une part expressément prévue par la Convention franco-marocaine du 5 octobre 1957, relative à l'aide mutuelle judiciaire d'exequatur des jugements et d'extradition, par la Convention franco-algérienne du 27 août 1964 relative à l'exequatur et à l'extradition, et d'autre part, elle heurte le principe d'égalité des époux garanti par l'article 5 du protocole n°7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 22 novembre 1984 ; d'où quelques exemples jurisprudentiels : Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 17 février 2004, pourvoi n° 01-11.549, Bull. 2004, I, n° 47 et pourvoi n° 02-11.618, Bull. 2004, I, n° 48 ; Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 25 octobre 2005, pourvoi n° 03-20.845, Bull. 2005, I, n° 379 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 octobre 2007, pourvoi n° 06-21.962 ; Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 20 février 2008, pourvoi n° 07-14.469 ; Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 14 mars 2006, pourvoi n° 04-17.254 ; Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juillet 2007, pourvoi n° 06-19.083 ; Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 19 septembre 2007, pourvoi n° 06-19.577, Bull. 2007, I, n° 280 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 octobre 2007, pourvoi n° 06-20.799 ; Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 6 février 2008, pourvoi n° 06-21.870 ; Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 9 mars 2011, pourvoi n° 10-13.758.

<sup>362</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 16 juillet 1992, pourvoi n° 91-11.262, Bull. 1992, I, n° 229, Defrénois 1993, art. 35484, n°2, obs. J. Massip ; Rev. crit. DIP 1993.269, note Courbe P. ; Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 7 novembre 1995, pourvoi n° 94-10.447, Bull. 1995, I, n° 391 ; Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 4 novembre 2009, pourvoi n° 08-20.355, Bull. 2009, I, n° 218. La Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire prévoit expressément, en son article 4, une réserve d'ordre public permettant l'éviction de la loi étrangère manifestement incompatible avec celui-ci. Néanmoins, cette convention bilatérale ne contient aucune disposition applicable aux mesures pécuniaires destinées à compenser les préjudices résultant de la dissolution du mariage. Ces dispositions sont prévues en revanche par la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires. Aux termes de cette convention, la loi appliquée au divorce est également celle applicable aux conséquences pécuniaires de la rupture du mariage. Dans les cas susvisés, la loi ainsi désignée était la loi marocaine. Cette dernière - du moins sous l'empire de l'ancienne Moudawana, antérieure à la réforme intervenue en 2004 - ne prévoyait pas de prestation compensatoire, ni de dommages-intérêts au profit de l'épouse, mais seulement une pension alimentaire pendant le délai de viduité, son application s'avérait manifestement incompatible avec l'ordre public français, ce qui justifiait, sur le fondement de la réserve d'ordre public prévue à l'article 11 de la Convention de La Haye précitée, l'éviction de la loi marocaine pour aboutir à l'application de la loi française. La réserve conventionnelle d'ordre public a eu pour conséquence d'évincer la loi étrangère applicable et de substituer la loi française.

arctique. Pour ces territoires d'outre-mer, il existe un corps de règle particulier. Par exemple, pour l'île de Mayotte, la législation applicable mélange les règles laïques de la République française, les coutumes africaines et malgaches, les coutumes locales imprégnées de droit musulman, ce qui n'est pas sans conséquence en matière de statut personnel notamment<sup>363</sup>. Par conséquent, la conception française de l'ordre public en matière internationale est celle qui est déterminée par la République française, république laïque.

**333. Des principes de justice universelle doués de valeur internationale absolue :** L'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation, du 25 mai 1948<sup>364</sup>, présente la conception française de l'ordre public en matière internationale comme l'ensemble des « *principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue* ». Ces principes de justice universelle comprennent l'ensemble des droits ayant pour objectif la protection de la personne humaine et de sa dignité, les principes essentiels du droit français et les droits fondamentaux<sup>365</sup>. L'exception d'ordre public est ainsi retenue lorsque le résultat de l'application de la loi étrangère est inconciliable avec la conception actuelle de l'ordre public du for, et ce, au jour où il statue. La conception française de l'ordre public en matière internationale est évolutive, le juge doit prendre en considération son évolution.

**334. Une notion évolutive :** Les exemples en la matière sont nombreux : il en est notamment ainsi pour l'évolution du principe d'égalité des filiations<sup>366</sup>, la lutte contre les discriminations fondées sur la religion<sup>367</sup>, etc. Lorsque l'exception d'ordre public est pleinement invoquée à l'égard des situations qui se constituent en France en application d'une loi étrangère qui heurte les conceptions essentielles de l'ordre juridique français, la loi étrangère est alors évincée et substituée par la loi française. Il existe donc deux étapes, la première

---

<sup>363</sup> Article 1 alinéa 1 de l'ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte et aux juridictions compétentes pour en connaître : « *Le statut civil de droit local régit l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités (...)* ».

<sup>364</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 25 mai 1948, *arrêt Lautour*, pourvoi n°37.414, *Bull. civ.* 1948, I, n° 163, *RCDIP* 1949, p. 89.

<sup>365</sup> Les droits fondamentaux sont notamment caractérisés par leur objet qui garantit la place de l'individu au sein de la société dans ses rapports avec autrui ; par la valeur de ce droit proclamé par une norme au moins supra-législative et l'existence d'un système de protection juridictionnelle en cas de méconnaissance de ce droit.

<sup>366</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 12 mai 1987, pourvoi no 84-14.472, *Bull.* 1987, I, no 150, *JDI* 1988, p. 101 : un homme marié avait eu un enfant adultérin. Après avoir divorcé, il a reconnu cet enfant et épousé la mère de ce dernier. L'enfant né du premier mariage du père a contesté la qualité d'héritier de l'enfant adultérin, a demandé l'annulation de la reconnaissance et la légitimation par le mariage, en application de la loi belge, loi personnelle du père, qui interdisait la reconnaissance et la légitimation des enfants adultérins. La Cour de cassation s'est fondée sur les « principes qui régissent le droit international privé », et a décidé « *que le principe de la légitimation par le mariage des enfants naturels, même d'origine adultérine, traduit une conception fondamentale actuelle du droit français entraînant, par l'effet de l'ordre public, [...] l'éviction de la loi belge* ». Le principe d'égalité des filiations intègre ainsi l'ordre public international français.

<sup>367</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 17 novembre 1964, *Bull.* 1964, I, n° 505 : une discrimination entre les successibles fondée sur la religion a été jugée contraire à l'ordre public international français.

consiste à écarter la loi étrangère qui est contraire à l'ordre public en matière internationale. La seconde est de substituer la loi du for. L'exception d'ordre public est atténuée<sup>368</sup> lorsque la loi étrangère reste applicable dans son ensemble, seules les dispositions contraires à l'ordre public seront écartées et remplacées par la loi du for. La décision est connue : « *la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France, ou suivant qu'il s'agit de laisser produire en France les effets d'un droit acquis sans fraude à l'étranger.*<sup>369</sup> »

**335. Une notion bienveillante à l'égard des droits étrangers :** La conception française de l'ordre public en matière internationale se veut ainsi tolérante à l'égard des droits acquis sans fraude à l'étranger, il s'agit alors d'un ordre public atténué. Cet ordre public atténué reconnaît les droits acquis à l'étranger, l'effet de la situation qui s'est déjà produit, et considère, dans ce cas, que le degré de contrariété de la loi étrangère à la conception française est d'un degré moins élevé ; sa réaction sera alors moindre, et variera également en fonction du temps passé entre la situation juridique appliquée à l'étranger et la reconnaissance en France de ses effets. La tolérance s'exprimera également avec un ordre public de proximité, c'est-à-dire lorsque les valeurs du for en question sont protégées en raison de l'existence de liens avec la France, et ce, que ce soit lors de la constitution d'une situation juridique dans l'ordre juridique français ou au stade de sa reconnaissance. Ces liens de rattachement suffisants entre le for et la situation juridique considérée peuvent être associés à la nationalité française ou à la résidence habituelle sur le territoire français de l'une des parties<sup>370</sup>.

**336.** Cette définition, aussi difficile soit-elle à cerner, ne laisse qu'une place infime à la sphère familiale alors que « *les conflits familiaux sont presque toujours si peu rationnels, et tellement empreints de sentiments et de passions, qu'on les verrait d'évidence soumis à l'arbitrage d'un tiers bienveillant psychologue et respecté*<sup>371</sup> », ainsi, une partie de la doctrine estime que le critère de l'arbitrabilité doit évoluer pour appréhender de nouvelles sphères (§2).

---

<sup>368</sup> L'effet atténué se manifeste à l'égard d'une situation constituée à l'étranger mais qui produira des effets en France. Dans une telle hypothèse, la réaction de la loi française vis-à-vis de la loi étrangère non-conforme sera plus nuancée, et un équilibre sera recherché entre la défense de l'ordre public et le respect des droits acquis par les parties afin d'éviter dans la mesure du possible une discontinuité dans la situation juridique internationale.

<sup>369</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 avril 1953, *Rivière*, pourvoi n° 2.520, Bull. 1953, I, n° 121, GADIP, n° 26 ; note BATIFFOL (H.), RCDIP, 1953, p. 412 ; note PLAISANT (M.), JCP, 1953, II. 7863.

<sup>370</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 3 janvier 1980, *Benddedouche*, pourvoi n° 78-13.762, Bull. 1980, I, n° 4 : l'ordre public international ne fait pas obstacle à l'acquisition de droits en France sur le fondement d'un mariage polygamique valablement célébré à l'étranger, alors qu'un tel mariage est interdit en France, même si la conception française de l'ordre public international « *s'oppose à ce que le mariage polygamique contracté à l'étranger par celui qui est encore l'époux d'une Française produise ses effets à l'encontre de celle-ci* » (Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 6 juillet 1988, pourvoi n° 85-12.743, RCDIP 1989, p. 71).

<sup>371</sup> DEPONDT A., *De l'intérêt de recourir à l'arbitrage et à la conciliation*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, n°17, 24 avril 2015, p.41.

## §2. En raison de l'évolution de la conception de certaines matières

337. Un nouveau regard se pose quant à l'arbitrabilité des matières relatives à la responsabilité parentale (A) ainsi qu'en matière de divorce et d'obligations alimentaires (B).

### A. En matière de responsabilité parentale

338. « Jusqu'en 1972, l'existence d'un mineur dans une situation litigieuse suffisait à exclure tout arbitrage, car l'incapacité du mineur de compromettre était une incapacité de jouissance. Tel n'est plus le cas aujourd'hui. L'incapacité n'est plus que l'exercice et l'on se trouve donc ramené au droit commun. (...) Partant de là, on trouve deux doctrines. L'une enseigne que cette distinction des actes d'administration et de disposition doit s'étendre au compromis. (...) Mais il est une autre opinion plus exigeante que la première, soutenant que la solution ne dépend pas uniquement de la nature de l'intérêt litigieux, mais aussi du contenu de la convention d'arbitrage. Si l'on y renonce aux règles de procédure, aux voies de recours et plus encore si l'on y stipule l'amiable composition, ces abandons de garantie constitueraient des renoncements à un droit toujours soumises, en tant que telles, à autorisation du juge ou du conseil de famille.<sup>372</sup> » La présence d'un enfant n'est plus un obstacle à l'arbitrage. Le sort de l'enfant pourrait-il également devenir arbitral ? « On voit que le cadre familial, sans opposer à l'arbitrage un barrage a priori infranchissable, sème sur sa voie quelques pièges, relatifs aux sujets du compromis. Il apparaît, néanmoins, et c'est un constat optimiste, qu'au prix de quelques précautions ces embûches sont relativement faciles à éviter. Sans doute le sont-elles davantage que les obstacles tenant cette fois, à l'objet de la convention d'arbitrage.<sup>373</sup> »

339. L'indisponibilité de l'autorité parentale est une fonction obligatoire et personnelle dans l'intérêt de l'enfant lui-même. L'indisponibilité implique l'inarbitrabilité. Toutefois, nombreux sont ceux qui se désinvestissent de leur fonction parentale. A ce constat, s'ajoute notamment l'augmentation des conflits avec le tiers, l'autre parent et de par la nouvelle tendance du passage de la parenté – enracinement dans une généalogie - à la parentalité, un

---

<sup>372</sup> CATALA P., *Arbitrage et patrimoine familial*, texte d'une conférence donnée à l'Association Française d'Arbitrage (AFA), le 29 septembre 1993, Rev. arb. 1994, n°2, p.281-282.

<sup>373</sup> CATALA P., *Arbitrage et patrimoine familial*, texte d'une conférence donnée à l'Association Française d'Arbitrage (AFA), le 29 septembre 1993, Rev. arb. 1994, n°2, p.284.

projet parental. Ces évolutions semblent favorables à l'arbitrabilité, peut-être même de manière imminente pour répondre aux besoins actuels de ces nouvelles familles ? Si l'autorité parentale a un aspect extra-patrimonial en ce qui concerne notamment la fixation du lieu de la résidence, choix éducatif, choix religieux, choix des loisirs, consentement à l'adoption etc., elle a aussi un aspect patrimonial qui s'exerce sur la gestion des biens de l'enfant, y compris les actes de disposition mais aussi acceptation de succession, donation, constitution de société etc..

**340.** L'autorité parentale est indisponible mais elle peut être déléguée, sous le contrôle du juge, or la place du juge recule.

**341. Arbitrabilité partielle relative à la responsabilité parentale :** L'ouverture de l'arbitrabilité en matière de responsabilité parentale devrait-elle être totale ou partielle ? La responsabilité parentale est infinie, tellement immense que toutes les situations ne sont pas envisageables, certaines sont uniques à chaque famille et intrinsèquement casuistiques. Il n'est donc pas possible de toutes les envisager : les décisions prises quotidiennement par les parents à l'égard de leurs enfants sont trop diverses et trop nombreuses. C'est en raison de cette impossibilité qu'une arbitrabilité totale en matière de responsabilité parentale n'est pas souhaitable. Un seul exemple : les décisions prises par les parents relatives à la santé de leur enfant. Au Chili, un enfant peut décider lui-même son arrêt des traitements, aux Pays-Bas, un adolescent dépressif peut demander d'être euthanasié, etc., quid de l'arbitrabilité d'un litige qui porterait sur la vie d'un enfant issu d'un couple franco-chilien ou franco-néerlandais dont l'un défendrait la vie de son enfant et l'autre souhaiterait sa mort ? Certes, au titre de l'autorité parentale, les parents ont des pouvoirs sur leurs enfants, mais ils n'ont pas un droit de vie ou de mort sur celui-ci qui serait confirmé ou infirmé par un arbitre. Si l'arbitrabilité en matière de responsabilité parentale semble imminente, celle-ci doit être limitée à certaines décisions.

**342. Arbitrabilité imminente en cas de recomposition familiale :** Une partie de la doctrine souhaite le développement de l'arbitrage pour les litiges relatifs à la prise en charge quotidienne de l'enfant. Cette prise en charge implique généralement l'intervention d'un tiers, un tiers difficilement qualifié et reconnu. Ce tiers, parâtre, marâtre, beau-parent, n'est pas fatalement une source de conflit. Nombreuses sont les familles recomposées où le beau-parent s'occupe en bonne intelligence des enfants de son conjoint, pour leur intérêt, avec bienveillance et le souci de préserver la paix des familles. De plus en plus d'enfants partagent leur quotidien avec des personnes qui participent à leur éducation le temps de quelques stations dans le train de la vie. Dans certaines familles, les stations sont très nombreuses ce qui peut augmenter le



nombre de visites et de soins liés au grand âge qui seraient imposés à l'enfant. La France, la Belgique, l'Italie, l'Espagne n'ont pas reconnu, à ce jour, un statut au beau-parent. En revanche, celui-ci a plus d'existence juridique en Angleterre, en Allemagne, au Danemark, aux Pays-Bas, en Suisse, en Suède. Plusieurs points seraient intimement liés : la transmission du patrimoine du beau-parent aux enfants qu'il a élevés comme les siens, une solidarité familiale pour l'enfant ou le beau-parent dans le besoin, les problématiques liées aux dépenses de la vie quotidienne, le droit de visite et d'hébergement chez ce beau-parent, notamment en cas de séparation avec le parent qui prendrait un nouveau conjoint. Si un arbitre pourrait être saisi pour trancher un litige relatif à un calendrier de droit de visite – avec toutes les réserves que cela génère en matière d'arbitrabilité – il semble peu souhaitable de confier à un arbitre le soin de trancher un litige relatif à un droit de visite au profit du énième adulte qui serait imposé à l'enfant. Autrement dit, une partie de la doctrine milite en faveur de l'arbitrabilité des litiges relatifs à l'organisation du droit de visite, gestion du calendrier de celui-ci, choix des écoles qui faciliteraient cette nouvelle routine, etc.. Il semblerait nécessaire que l'arbitrabilité soit limitée à cet aspect et que cela n'ouvre pas l'arbitrabilité à la désignation des titulaires du droit de visite et d'hébergement, dans la mesure où le titulaire du droit de visite et d'hébergement a ce droit, légal et légitime, eu égard au lien qu'il a avec l'enfant, ce qui fait référence à sa filiation.

**343.** Ces interrogations sont également soulevées en matière de divorce et d'obligations alimentaires (B).

## **B. En matière de divorce et d'obligations alimentaires**

**344.** Les liens du sang, les liens d'alliance sont bousculés par le divorce qui rompt l'équilibre familial préalablement construit. Des questions financières apparaissent et s'expriment par les notions telles que « le devoir de secours », « les charges du mariage », « l'obligation alimentaire », « les prestations compensatoires », « les dommages et intérêts », « les indemnités d'occupation », etc.. Ces notions phagocytent une matière *a priori* indisponible.

**345. Divorce et indivision :** dès lors que le régime matrimonial est liquidé, les ex-époux peuvent être confrontés à une indivision. Si la convention d'arbitrage était signée par un ex-époux et non l'autre, quid de l'opposabilité de ladite convention ?

**346. Divorce et prestation compensatoire :** « (...) dans le divorce sur requête

*conjointe, les époux doivent régler à l'amiable, par une convention définitive, toutes les conséquences pécuniaires de leur rupture : liquidation et partage de la communauté, prestations compensatoires, dommages et intérêts, le tout en bloc. Il est évidemment hors de question de soumettre un divorce sur requête conjointe à l'arbitrage, la compétence du JAM et demain du JAF (Juge aux affaires familiales) étant impérative. Mais on peut déduire de l'existence de cette procédure que tous les droits soumis à la convention homologuée sont des droits disponibles, y inclus la prestation compensatoire, puisque ce sont les époux qui décident de leur existence et de leur montant.<sup>374</sup> »* Quelques années plus tard, le juge aux affaires familiales qui était attendu est déjà remplacé. A l'heure du divorce sans juge, la réflexion devient encore plus actuelle. Si l'arbitrage était impossible dans la mesure où la compétence du juge était impérative, sa compétence désormais supplétive interpelle sur la place de l'arbitrage en la matière. La déduction faite préserve son actualité : tous les droits soumis à la convention dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel déjudiciarisé, y inclus la prestation compensatoire, sont arbitrables et ouvrent une perspective de généralisation de l'arbitrage très importante.

**347.** *« 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 de la prestation compensatoire. 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 (...) A 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*

---

<sup>374</sup> CATALA P., *Arbitrage et patrimoine familial*, texte d'une conférence donnée à l'Association Française d'Arbitrage (AFA), le 29 septembre 1993, Rev. arb. 1994, n°2, p.285.

*caractériser au 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.<sup>375</sup> »*

**348.** Si l'arbitrabilité est espérée par une partie de la doctrine, il n'en demeure pas moins que certaines potentialités de développement sont redoutées (Section II).

## **Section II - les potentialités de développement redoutées**

**349.** Elles sont tellement nombreuses qu'il n'est pas possible de les énumérer. En outre, certaines sont pour l'instant inimaginables, l'avenir nous les révélera et elles devront alors être appréhendées.

**350.** La famille, c'est le lieu de la diversité, le droit de la famille n'en n'est que plus riche. Par conséquent, de près ou de loin, le droit de la famille peut être confronté à des problématiques surprenantes qui ne seront pas ici abordées. Sont ainsi exclues les potentialités de développement qui pourraient concerner le litige militant pour un droit à l'oubli au sein de la famille ou d'un membre de la famille à l'égard de la société, le litige portant sur la clôture d'un compte ouvert sur un des réseaux sociaux dans la mesure où cela constituerait le seul lieu de sépulture d'une personne qui aurait été incinérée et dont les cendres auraient été dispersées à un endroit où les héritiers ne pourraient se rendre (sommet de l'Himalaya, triangle des Bermudes, etc.), sur la pertinence de la vie d'un des membres de la famille, sur l'interprétation d'une volonté d'une demande de suicide assistée, sur l'impossible scolarisation d'un enfant violent ou nécessitant une attention particulière, sur un rapprochement familial, sur des dommages de guerre, etc..

**351.** Indépendamment de tous les avantages qui peuvent être reconnus à l'arbitrage, ce n'est malheureusement pas la justice parfaite du monde idéal. Elle a été, est, et sera, affectée, dans des domaines arbitrables de nombreuses dérives procédurales notamment. Si les dérives dans des domaines arbitrables sont bien évidemment regrettables, combien le seront-elles plus encore si l'arbitrabilité de certains litiges étaient reconnus ? Les préjudices qui en résulteraient

---

<sup>375</sup> VESSAUD R., *Questions notariales et arbitrage*, Droit et patrimoine, n°275, décembre 2017, dossier, p.46-47.

pourraient-ils être réparables ? Rien n'est moins sûr lorsque ces derniers impactent la psychologie, la sécurité, le bien-être d'un être humain. Cette insécurité sur le plan humain est renforcé par l'insécurité juridique qui émane du silence des règlements européens. A défaut de critère uniforme d'arbitrabilité, certains litiges dans des domaines particulièrement sensibles pourraient être arbitrables dans un Etats européen et pas dans un autre. Les potentialités de développement peuvent ainsi être redoutées en raison de l'insécurité juridique qui résulte des textes supranationaux (§1) et en raison de matières particulièrement sensibles (§2).

### **§1 : En raison de l'insécurité juridique émanant du silence des règles supranationales**

**352. L'absence de critère uniforme en Europe :** L'élan en faveur de l'arbitrage génère des potentialités de développement qui peuvent être redoutées au regard des nombreuses incertitudes qui existent en la matière. La question de l'arbitrabilité est appréhendée de manière très diverses au sein des différents Etats de l'Union européenne et les silences des Règlements européens ne permettent pas de dégager un critère uniforme. Formellement, aucun règlement patrimonial familial européen (Règlement successions, régimes matrimoniaux, partenariats enregistrés) n'évoque la question de l'arbitrage.

**353. L'absence de précision dans la Loi-type de la CNUDCI :** La Loi-type de la CNUDCI ne précise pas la nature des droits arbitrables. Son article un dispose notamment que *« si des parties sont convenues que leurs litiges au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, seront soumis à l'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, ces litiges seront tranchés selon ce règlement sous réserve des modifications dont elles seront convenues entre elles. »* La loi-type sert de modèle dans de nombreux pays sans toutefois indiquer la portée de l'arbitrabilité objective.

**354. La réflexion des Nations Unies :** *« il a été noté que les incertitudes quant au point de savoir si l'objet de certains litiges se prêtait ou non à l'arbitrage étaient source de problèmes dans l'arbitrage commercial international. Dans la mesure où cette question devrait être examinée, l'objectif ne devrait pas être de tendre vers l'uniformité, mais de promouvoir la transparence des solutions. Les activités pourraient par exemple, être axées sur l'élaboration d'une disposition uniforme présentant trois ou quatre questions considérées en général comme non arbitrable et priant les Etats d'énumérer toutes les autres questions considérées par eux*

comme non arbitral. Cependant, on a craint qu'une liste nationale de questions non arbitrales ne soit contraire à l'objectif visé, du fait de son manque de souplesse. Il a été déclaré que la question de l'arbitrabilité évoluait sans cesse (notamment par la jurisprudence) et que certains Etats pourraient juger peu souhaitable d'entraver cette évolution<sup>376</sup> ».

**355. Les pistes de réflexion :** Le silence des textes n'est pas celui de la doctrine, ni de la jurisprudence. Des groupes de travail s'interrogent sur le sujet et les propositions sont diversifiées. Certains auteurs ont proposé une approche normative transnationale, d'autres se réfèrent à la méthode conflictualiste en faveur d'une méthode comparatiste. Certains avancent l'hypothèse de l'élaboration d'une liste commune d'exceptions à l'arbitrage, mais est-ce que cela correspondrait à la flexibilité de l'arbitrage, est-ce qu'un tel inventaire pourrait être exhaustif, *a fortiori* en droit de la famille où les situations sont tellement variées. D'autres prônent des présomptions d'arbitrabilité qui se déduiraient des apports législatifs et jurisprudentiels. Certains envisagent une règle fonctionnelle et transnationale de l'arbitrabilité.

**356. Vers la recherche d'un critère transnational d'arbitrabilité ?:** Est-ce que l'arbitrabilité est un principe *per se* qui permettrait de dégager un critère transnational d'arbitrabilité, sans référence aux droits nationaux et qui pourrait être repris dans les conventions internationales, les règlements européens ? « *De par son caractère réellement international, physiquement international (où l'on voit s'affronter quotidiennement à Paris, à Singapour ou au Caire des avocats de traditions diverses), l'arbitrage international est le lieu idéal de l'hybridation des cultures juridiques. Si l'on s'efforce de démêler ce que l'arbitrage contemporain, qui s'est grandement standardisé, doit à telle ou telle tradition juridique, on peut dire, au risque de grossir le trait, que la tradition juridique française a exporté des règles de droit et que la tradition anglo-américaine a exporté des pratiques.*<sup>377</sup> » Pourtant, le champ d'application de l'arbitrage ne repose pas sur une notion uniforme, ni standardisée dans les textes du droit international ni du droit européen. « *Pour peu que, pénétrés de cette idée, les arbitres s'attachent à dégager les normes généralement acceptées à un moment donné dans la communauté internationale pour les faire prévaloir sur celles qui ne correspondent qu'à la prétention isolée d'un Etat, se trouvera posée la question de la source transnationale de la juridicité du pouvoir de juger de l'arbitre et par là même l'existence d'un ordre juridique arbitral. Le terme transnational doit ici être préféré à celui d'anational qui ne rend pas compte*

---

<sup>376</sup> Assemblée générale des Nations Unies, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Règlement des litiges commerciaux, travaux futurs pouvant être entrepris dans le domaine du règlement des litiges commerciaux, trente-neuvième session, New York, 19 juin – 7 juillet 2006, A/CN.9/610, 5 avril 2006, p.3.

<sup>377</sup> GAILLARD E., *L'apport de la pensée juridique française à l'arbitrage international*, JDI (Clunet), n°2, avril 2017, var. 2.

de l'origine étatique des règles ainsi dégagées. D'une représentation monolocalisatrice de l'arbitrage centrée sur la notion de siège, on est ainsi passé à une représentation multilocalisatrice (ou westphalienne), puis à une représentation transnationale de l'arbitrage qui ne conçoit plus chaque Etat de manière isolée mais qui se préoccupe des tendances susceptibles de découler de l'activité normative de la communauté des Etats. C'est dans le passage du plusieurs au collectif que tient l'opposition entre la deuxième et la troisième des représentations de l'arbitrage (...) ». Cette approche transnationale qui prend en considération « l'origine étatique des règles » dégagées, contribuerait à admettre que l'arbitrabilité relèverait de l'ordre public transnational, mais, les critères d'arbitrabilité varient non seulement d'un Etat à l'autre mais aussi, au sein d'un Etat, dans les systèmes dualistes, d'un type d'arbitrage à l'autre, entre l'arbitrage qualifié d'interne ou d'international. Cette limite existe également dans les systèmes dits monistes, prétendus unitaires, mais s'ils ne distinguent pas en principe de différence entre l'arbitrabilité interne ou internationale, il s'avère en pratique que certaines règles peuvent s'avérer plus restrictives à défaut de définition internationale de l'arbitrabilité.

**357. Différentes théories en faveur de la recherche d'un critère fonctionnel d'arbitrabilité transnational :** Différents auteurs ont réfléchi au critère idéal. Il a notamment été proposé des modèles de présomptions d'arbitrabilité *in favorem arbitrandum*. Toutefois, le mouvement émergeant en faveur de l'arbitrage, s'il est intimement lié à la notion d'arbitrabilité, le transcende peut-être. Cela semble ambitieux de déterminer un système législatif transnational fondé sur une présomption d'arbitrabilité péremptoire alors qu'il n'est défini, petits pas par petits pas, que par des notions subjectives, mouvantes, insaisissables, et surtout évolutives géographiquement et temporellement. En outre, comment concilier une telle théorie en droit de la famille alors qu'il est prôné un droit pour chaque famille, que l'équilibre de la matière est si fragile et ô combien sensible ? Devrait-il pour exister être corroboré par une succession de solutions casuistiques où les exceptions seraient plus nombreuses que le principe et serait une source d'insécurité juridique ? Les normes internationales et/ou européennes devraient-elles alors pour clarifier la notion d'arbitrabilité, la définir positivement et limitativement, au regard d'un critère fondé sur la libre disponibilité, la transigibilité ou la patrimonialité, et laisser à chaque législation nationale le soin d'édicter des lois qui l'excluraient expressément ?

**358.** Ces incertitudes ont une répercussion directe sur des matières particulièrement sensibles pour lesquelles la potentialité de l'arbitrabilité de celles-ci est redoutée (§2).

## § 2 : En raison de la sensibilité de certaines matières

**359.** Deux domaines sont ici envisagés. Tout d'abord, celui de la filiation (A) et, dans une moindre mesure, une ouverture sera effectuée sur le droit pénal de la famille (B).

### A. En matière de filiation

**360. Vers une filiation *ex nihilo* et ponctuelle ?** Le droit de la famille se contemple dans le miroir de la société de consommation. Une société de consommation où tout se périmé et évolue rapidement. Ainsi, le droit de la famille tend à devenir un droit de plus en plus subjectif et de plus en plus consumériste. Changement de conjoint périmé, droit à un enfant pour lequel il faudra logiquement assurer son corollaire : le droit à ne plus l'avoir - comme il en est déjà ainsi aux Etats-Unis avec la pratique des « désadoptions » -, etc. tel semble être le présent et l'avenir du droit de la famille. Dans la logique de cette évolution, l'arbitrage a toute sa légitimité en attendant d'avoir sa place légale. Ce nouveau droit international de la famille enfanté par la société, par la volonté politique, nie les vicissitudes de l'existence humaine et sa fragilité. Au travers de la fragilité émerge toujours une force. Aussi, cet enfantement du droit par une société qui ne sait plus enfanter et cherche comment il faut procéder à cet effet, présage quelques redoutables décennies qui seront assurément source d'un grand enrichissement, avant le prochain changement de cap, voir un retour en arrière, mais à quel prix ? « *Les questions fondamentales ne sont pas susceptibles d'une réponse qui en épuise l'inquiétude ; elles se renouvellent avec le temps.*<sup>378</sup> » Notre époque affronte la question de la contractualisation, de la privatisation, de la subjectivisation du droit de la famille, partielle ou totale, et elle devra relever le défi de définir ces notions, étudier les conséquences techniques et pratiques, réfléchir sur les outils qui répondront aux problématiques quotidiennes. Une des réponses résideraient dans l'institution de l'arbitrage international en matière familiale : il faut alors poser le problème en termes de *politique juridique* et maintenir la volonté sur le devant de la scène. Cette scène théâtrale, animée d'une part, par l'individu, libre, égoïste, doué de raison, et d'autre part, la régulation des enjeux sociologiques, économiques, éthiques, etc., est composée de nombreux acteurs et derrière les masques, derrière le décor naïf et joyeux, il y a un enfant. Un

---

<sup>378</sup> LIBCHABER R., *Réflexions sur les effets du contrat*, in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux*, Mélanges Jean-Luc Aubert, 2005, p. 211 et s., spéc. p. 212, n°2.

enfant qui doit être protégé par un principe fondamental, celui de l'intérêt de l'enfant, voir de l'intérêt supérieur de l'enfant, mais qui est si souvent bafoué, violenté, volontairement ou non, physiquement, psychologiquement, moralement, humainement dans sa chair d'enfant. Dans ce désarroi, il serait proposé à l'enfant de subir la volonté des adultes qui eux doivent exprimer leur choix, leur liberté, de subir la force juridique obligatoire du contrat, d'assumer les actes de prévision établis par des adultes contre des actes, faits, services actuels de sa vie. Il est paradoxal de vouloir protéger l'enfant alors que la société lui impose les *desiderata* des adultes quelquefois des plus farfelus.

**361.** « *Comme tout cadre juridique entourant la famille, la filiation est invisible aux yeux du monde. Elle n'apparaît que lorsqu'elle est transgressée (inceste, violence, maltraitance) ; sollicitée dans un contexte spécifique (problèmes familiaux, séparation) ; lorsqu'elle disparaît (abandon, décès d'un parent, d'un enfant, retrait d'autorité parentale, [art. 350] ; apparaît (naissance, mariage, adoption) ; ou encore lorsqu'elle est revendiquée dans un registre militant, idéologique, propre à ce qui serait « la modernité » (mariage « homosexuel », revendication d'une filiation par deux personnes de même sexe pour un enfant né par procréation médicalement assistée (PMA) ou adopté, légalisation des enfants issus de « mère porteuse »).* <sup>379</sup>»

**362.** Si la filiation est un sujet si visible et actuel, c'est précisément parce qu'elle est actuellement malmenée, avec notamment l'émergence de deux mères sur les registres de l'état civil français. Cette annonce est le fruit des réformes passées depuis, *a minima*, le début des années 2000, qui par touches successives amorcent les réformes présentes et celles à venir car le législateur n'est pas parvenu à ses fins, le prochain objectif est la légalisation de la gestation pour autrui, le but ultime serait-il celui de la légalisation de l'inceste ?

**363. Flou artistique** pour savoir qui est le père, qui est la mère, qu'est-ce qu'un père, qu'est-ce qu'une mère ? « (...) *Nous sommes parfois dans une logique sociétale où on ne sait plus du tout ce que sont les parents : est-ce que l'on va aller vers des « pluriparents » ou des « bioparents » ? Pour un enfant, ce débat sociétal n'a pas de sens. Les Romains se sont posé aussi cette question des limites de la logique filiative. Lorsqu'ils ont constaté qu'ils pouvaient créer la notion de parent, ils se sont demandé, puisqu'il est possible de faire de la fiction, jusqu'où peut-on aller ? Les Romains se sont posé la question : est-ce que l'on peut adopter un*

---

<sup>379</sup> LEVY-SOUSSAN P., *La filiation à l'épreuve des lois*, Le Journal des psychologues, n°292, novembre 2011, p.26.



*enfant plus âgé que soi ? Qu'ont répondu les Romains ? Ils ont répondu non. Pourquoi ? Leur réponse est assez jolie : parce que ce ne serait pas une fiction raisonnable.*<sup>380</sup>» Quelle que fut l'apogée de l'Empire romain, celui-ci est depuis fort longtemps révolu et le contexte actuel se complexifie d'autres fictions qui naissent dans les cliniques de fertilité. Quid de l'arbitrabilité des supposées erreurs intentionnellement ou non commises par certaines cliniques de fertilité pour subvenir aux désirs d'enfants de couples ou de personnes célibataires qui ne le pourraient pas autrement, qui sont vivement contestées par les parent(s) et/ou enfant(s) lorsqu'elles sont révélées.

**364. Une objection nécessaire à l'arbitrabilité en matière de filiation :** « *Le cadre légal définissant la notion de « père » et de « mère » est extrêmement important, car la loi a des effets symboliques et fait parler les limites de la réalité. En matière de filiation, peut-être que tout n'est pas possible, n'en déplaise à certains anthropologues ou sociologues. Tout n'est pas possible par rapport à certaines demandes sociales lorsqu'elles récusent toutes les limites symboliques de parent par rapport à l'enfant. Finalement, qu'est-ce que la filiation psychique ? On a beaucoup parlé de la filiation au sens biologique (les produits du corps), beaucoup de filiation au sens parent social (au sens sociologique), mais finalement moins de la filiation psychique, construction subjective de sa propre vérité permettant de se définir, de se considérer comme un père et une mère. L'axe psychique de la filiation permet le nouage de trois choses : le nouage de l'inconscient avec le biologique et le social. C'est pour cela que le cadre juridique est important. Il contiendra les enjeux inconscients, pulsionnels, conflictuels, ambivalents, propres à chaque position d'adulte par rapport à l'enfant et inversement. Lorsque ce cadre juridique est flou, mal intégré par l'individu, on voit à quel point il peut être transgressé, comme dans les situations d'inceste, où l'adulte va lui-même définir sa propre place par rapport à l'enfant en ne respectant plus aucune place symbolique propre à la différence des sexes ou à la différence des générations.*<sup>381</sup>» L'enfant a besoin « de repères symboliques filiatifs avant tout, capables de l'originer en tant que sujet au sein d'une famille » et « de ne pas être instrumentalisé (...) en « objet de bonheur » ou en « objet de reconnaissance ». Il n'est en effet pas dans l'intérêt de l'enfant de devenir l'instrument par lequel un adulte satisfait ses seuls

---

<sup>380</sup> LEVY-SOUSSAN P., *La filiation à l'épreuve des lois*, Le Journal des psychologues, n°292, novembre 2011, p.28.

<sup>381</sup> LEVY-SOUSSAN P., *La filiation à l'épreuve des lois*, Le Journal des psychologues, n°292, novembre 2011, p.27.

*desiderata*.<sup>382</sup> »

**365.** L'arbitrabilité de tels litiges n'est pas souhaitable. Dans la mesure où ces litiges deviendraient fréquents, l'arbitrage qui est confidentiel lutterait-il efficacement contre l'avenir d'une justice à la télévision et en vidéo ? Serait-ce une solution face à une télé réalité de la justice où certaines histoires de familles seraient croustillantes, piquantes, déchirantes, où l'émotionnel ferait pleurer toutes les chaumières, où le feuilleton romanesque, scientifique et juridique constituerait une série interminable tant l'imagination humaine est fertile ? Est-ce l'idéal souhaité de la justice de demain ? Est-ce que la fiction l'emportera assurément, définitivement, sur la raison ? Quelques craintes sont également soulevées par les éventuelles répercussions que pourrait avoir les modifications des critères de droit interne français sur l'arbitrage familial en matière internationale.

**B. En matière du droit interne français : vers une redéfinition des critères internes :  
quelle influence et quelles répercussions en matière internationale ?**

**366.** « *Un Code se transforme avec la société qu'il régit. Modifiant un peu la phrase du poète, on peut dire de lui : vires acquirit vivendo. Une végétation nouvelle pousse sur son tronc, certaines de ses feuilles tombent, d'autres les remplacent*<sup>383</sup> ». L'évolution du droit de la famille, de l'arbitrage et de la société en général implique-t-elle une remise en question des textes législatifs qui les gouvernent ? Le sujet est connu, le droit doit-il suivre les mœurs ? Des vases communicants qui relient philosophie et sémantique au travers des notions de droit, justice, lois, mœurs, morale, indisponibilité, ordre public, *et cetera*.

**367.** **Vers un « arbitrage pour tous »<sup>384</sup> ?** : L'interdiction qui empêche de recourir à l'arbitrage pour trancher des litiges qui portent sur des droits indisponibles ou des matières qui intéressent l'ordre public constitue-t-elle la colonne vertébrale d'une œuvre de justice qui serait

---

<sup>382</sup> Commission LEONETTI, *Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droits des tiers*, <https://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/094000484.pdf> version consultable au 23 août 2019, page 82.

<sup>383</sup> CAPITANT H., *L'évolution du droit de la famille depuis le Code civil*, in *Le droit civil français, livre-souvenir des journées du droit civil français*, Montréal 31 août-2septembre 1934, publié par le Barreau de Montréal et la librairie du Recueil Sirey, 1936, p.1-2.

<sup>384</sup> Expression notamment utilisée par CLAY Th., dans son intervention relative à l'arbitrage des conflits du travail publiée dans *Les cahiers de l'arbitrage 2017, nouveaux domaines, nouvelles utilisations*, Conseil National des Barreaux, 3<sup>ème</sup> édition.

devenue aujourd'hui une technique, un outil et non plus une référence ? Si l'arbitrage était applicable dans toutes les matières familiales, est-ce que l'équilibre entre la satisfaction du besoin de justice au cœur des relations humaines et des rapports sociaux serait assuré ou rompu ? En allant encore plus loin, est-ce que l'ouverture de « *l'arbitrage pour tous* » provoquerait une instabilité, une déstructuration dans la vie de l'homme en société, une dégradation de l'œuvre juridique du Code civil et par là même de la société en général ou au contraire serait-ce une simple transformation logique et nécessaire de la société pour la dynamiser ? La généralisation de l'arbitrage d'un point de vue juridique ne serait-elle pas opportune d'un point de vue socio-économique ?

**368.** Dans cette perspective, différentes thèses contestent la pertinence des articles 2059 et 2060 du Code civil français (1). Faut-il les reformuler, les supprimer, ne rien changer ? Reformuler impose de définir, une nouvelle fois, les contours de l'arbitrabilité, et à s'interroger, une fois de plus, sur la pertinence d'instituer des limites à l'arbitrage. Est-ce que la justice étatique a des limites ? Est-ce que naturellement tout Homme n'a pas une tendance à juger tout sur tout ? S'il est permis de tout juger et de juger de tout dans le cadre d'une justice étatique, pourquoi ne serait-ce pas aussi possible dans le cadre d'une justice privée, comme l'arbitrage ? Quelle que soit la formule retenue, maintien, reformulation ou suppression, celle-ci ne s'opérera pas sans critiques (2).

## **1. Proposition de redéfinition**

**369.** « Angoisse et tremblements. Ce sont les deux symptômes qui saisissent nécessairement celui qui a l'effronterie de vouloir proposer que l'on retouche le Code civil. Il faut être particulièrement vaniteux pour prétendre s'attaquer à ce grand œuvre de la pensée juridique française, cette codification qui confine à la perfection, dont ni le temps, ni l'espace n'ont limité l'influence et le rayonnement. Il faut même être infiniment prétentieux pour croire que l'on peut apposer sa plume à côté de celle de Portalis, à propos de laquelle Stendhal écrivait à Balzac que « en composant *La Chartreuse de Parme*, pour prendre le ton, je lisais chaque matin deux ou trois pages du Code civil, afin d'être toujours naturel ; je ne veux pas, par des moyens factices, fasciner l'âme du lecteur ». Il faut donc être probablement fou pour, en 2014, proposer de réviser cette « véritable constitution » de la France, selon le célèbre mot du doyen Jean Carbonnier. Avec l'humilité requise, il est cependant peut-être permis de se

*lancer dans une lecture critique de certaines des dispositions du Code civil.*<sup>385</sup>» Cette lecture critique s'impose, a fortiori, dans la mesure où l'immobilisme ne concerne ni l'arbitrage, ni le droit de la famille.

**370. Les articles 2059 et 2060 du Code civil français :** Avant d'envisager leur maintien, reformulation ou suppression, il est nécessaire de les énoncer. L'article 2059 du Code civil dispose que « *toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition.* » L'article 2060 du Code civil poursuit et précise ce qui suit : « *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 ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public. / Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre.* »

**371. La double lecture des articles 2059 et 2060 du Code civil :** A la lecture de ces articles, il apparaît que « *l'arbitrabilité des litiges de droit de la famille peut être appréhendée sous un double angle. De lege lata, outre les matières expressément exclues par l'article 2060 du Code civil, c'est le critère de la libre disponibilité des droits qui, en matière d'arbitrage interne, permet de tracer les contours de l'arbitrabilité. La balle est ainsi dans le camp du droit de la famille pour qu'il définisse quels sont les droits qu'il qualifie de disponible et d'indisponible. C'est en effet la matière concernée qui dicte en quelque sorte ses solutions. De lege ferenda, le sujet met en lumière les imperfections des critères posés par les articles 2059 et 2060 du Code civil. Issus d'une loi du 5 juillet 1972, ils sont en réalité la reprise des articles 1003 et 1004 de l'ancien code de procédure civile. Il serait temps d'engager une réforme de l'arbitrabilité, dans l'optique d'assouplir les critères et d'élargir le champ des litiges arbitrables. La réforme de l'article 2061 du Code civil a eu lieu avec la loi du 18 novembre 2016. Il reste à entreprendre le chantier de l'arbitrabilité.*<sup>386</sup> »

**372. Thèse de la reformulation :** La thèse de la reformulation est celle usitée dans de nombreux pays sur la scène internationale. Cela ne serait pas la première modification

---

<sup>385</sup> CLAY Th., *La simplification de la transaction et de l'arbitrage dans le Code civil*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 16, 21 Avril 2014, doct. 492, paragraphe 1.

<sup>386</sup> RACINE J.- B., *L'arbitrabilité des litiges de droit de la famille*, Droit et patrimoine, n°275, 1<sup>er</sup> décembre 2017, p.26 et s..

réactionnelle de ces articles. L'expression « les matières dans lesquelles les parties ont la libre disposition de leurs droits » a été remplacée par la notion de « droits disponibles ». Ce changement de vocabulaire, qui résulte de l'arrêt *Agora Sopha*<sup>387</sup>, montre que c'est la nature du droit litigieux qui détermine la liberté des parties de s'affranchir du conflit de lois, et non la « matière » concernée. Il est des matières impératives : l'état des personnes, où il peut exister des droits disponibles, par exemple les aliments. Un auteur souligne d'ailleurs « *la répétition des erreurs et les errements conceptuels et terminologiques qui ont concerné l'arbitrage à chaque fois qu'il a fallu l'intégrer au Code civil.*<sup>388</sup> »

**373. Raisonnement analogique :** L'inspiration peut se puiser dans un raisonnement analogique tourné vers les formulations des pays francophones afin d'être sur un vocabulaire identique, non biaisé par une traduction littérale qui ne serait pas révélatrice de la réalité juridique existante. Ainsi, en Belgique, la formule énoncée par l'article 1676 paragraphe premier du Code judiciaire belge est la suivante « *toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage. Les causes de nature non-patrimoniale sur lesquelles il est permis de transiger peuvent aussi faire l'objet d'un arbitrage. (...)* ». En Suisse, l'article 354 du Code de procédure civile indique que « *l'arbitrage peut avoir pour objet toute prétention qui relève de la libre disposition des parties* » et l'article 177 de la loi fédérale de droit international privé suisse dispose que « *toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage. / Si une partie à la convention d'arbitrage est un Etat, une entreprise dominée ou une organisation contrôlée par lui, cette partie ne peut invoquer son propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige ou sa capacité d'être partie à l'arbitrage.* » Au Luxembourg, l'article 1224 du nouveau Code de procédure civile dispose que « *toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition* » lequel est complété par l'article 1225 qui précise qu'« *on ne peut compromettre sur les causes qui concernent l'état et la capacité des personnes, les relations conjugales, les demandes en divorce et en séparation de corps, la représentation des incapables, les causes de ces mêmes incapables et celles des personnes absentes ou présumées absentes.* » Au Québec, l'article 2639 du Code civil dispose que « *ne peut être soumis à l'arbitrage, le différend portant sur l'état et la capacité des personnes, sur les matières*

---

<sup>387</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 11 juin 1996, Bull. n°243, p.171, Rev. crit. DIP 97, p.65, arrêt *Agora Sopha*, cité in *Etude de M. Jean-Pierre Ancel, conseiller à la Cour de cassation « Le juge français et la mise en œuvre du droit étranger »* [https://www.courdecassation.fr/publications/26/rapport\\_annuel/36/rapport\\_1997\\_76/deuxieme\\_partie\\_etudes\\_documents/78/m.jean\\_5709.html](https://www.courdecassation.fr/publications/26/rapport_annuel/36/rapport_1997_76/deuxieme_partie_etudes_documents/78/m.jean_5709.html) version consultable au 15 novembre 2019

<sup>388</sup> CLAY Th., *La simplification de la transaction et de l'arbitrage dans le Code civil*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 16, 21 Avril 2014, doct. 492, paragraphe 21.

*familiales ou sur les autres questions qui intéressent l'ordre public. / Toutefois, il ne peut être fait obstacle à la convention d'arbitrage au motif que les règles applicables pour trancher le différend présentent un caractère d'ordre public ».*

**374. Proposition de remplacement de la notion d'indisponibilité par la distinction droits patrimoniaux/droits extrapatrimoniaux :** A cet effet, il résulte « *du rapprochement de ces dispositions, [que] la tentation pour définir les contours de l'arbitrabilité est d'opposer le droit patrimonial de la famille (régimes matrimoniaux, régimes partenariaux, successions, libéralités) et le droit extrapatrimonial de la famille (formation du mariage, divorce, établissement et contestation de la filiation, adoption, autorité parentale, régime primaire du mariage et du pacs). Alors qu'un droit patrimonial est généralement disponible, un droit extrapatrimonial est le plus souvent indisponible.*<sup>389</sup> »

**375. Définition de la notion de droit extrapatrimonial :** Le droit extrapatrimonial se définit comme un « *droit subjectif qui, n'étant pas en lui-même susceptible d'une évaluation pécuniaire, n'entre pas directement dans le patrimoine de la personne et est exclu du commerce juridique (droit au nom, droit moral de l'auteur, droit à l'image, droit à la vie privée, droit à la famille, droit à l'intégrité physique...).* Son non-respect peut toutefois être sanctionné par une réparation civile en dommages et intérêts. Le droit extrapatrimonial est incessible, insaisissable et imprescriptible. Dans un sens large, l'expression « *droits extrapatrimoniaux* » inclut les libertés fondamentales (liberté d'expression, liberté de conscience et de religion...) <sup>390</sup>».

**376. Définition de la notion de droit patrimonial :** Le droit patrimonial est un « *droit subjectif qui, susceptible d'une évaluation pécuniaire, entre dans le patrimoine de la personne. Le droit patrimonial est dans le commerce juridique, il est cessible, saisissable et prescriptible (ex. : droit de propriété, droit à réparation en cas de dommage, droit à restitution après un prêt...)*<sup>391</sup> »

**377. Proposition de reformulation de l'article 2059 du Code civil :** L'article 2059 du Code civil français, comme le code luxembourgeois, commence par « toutes personnes »

---

<sup>389</sup> DEVERS A., *L'arbitrage en droit de la famille*, Droit de la famille, LexisNexis, n°1, janvier 2019, dossier n°7, paragraphe 3.

<sup>390</sup> GUINCHARD S. et DEBARD Th. (ss dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 27<sup>ème</sup> édition, 2019-2020, p.419.

<sup>391</sup> GUINCHARD S. et DEBARD Th. (ss dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 27<sup>ème</sup> édition, 2019-2020, p.422.

alors que les codes belge, suisse, québécois commencent par les mots « toute cause ». La référence à la cause, riche notion du droit des obligations, a été supprimée du Code civil français avec l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations<sup>392</sup>, même si elle subsiste toujours en pratique. La cause est un des éléments constitutifs d'un contrat et implique une certaine licéité, un certain respect de l'ordre public. Cette pertinence est séduisante. L'article 2059 du Code civil français ne pourrait-il pas disposer que : « *toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage* » ?

**378. Remarque relative à la proposition de reformulation :** « *d'un point de vue méthodologique, le choix du critère de la « cause de nature patrimoniale » n'est pas indifférent. Il conduit à abandonner le raisonnement conflictuel qui impose de déterminer, lorsque l'arbitrage est international, la loi qui qualifie les droits de « disponibles ». Le Tribunal fédéral suisse a jugé que la condition de l'arbitrabilité était une règle de droit matériel international et rappelé que le législateur avait volontairement fait abstraction de la disponibilité du droit litigieux, « lequel présuppose le choix d'une solution conflictuelle ». Il n'y a donc pas lieu de tenir compte des restrictions et des prohibitions du droit étranger (que ce soit la lex causae ou un autre droit) relatives à l'arbitrabilité de la cause, et seul l'ordre public international de la Suisse peut faire échec à la convention des parties. Contrairement à la libre disponibilité qui, étant un « concept », doit être définie par référence aux dispositions légales – ce qui explique que son contenu puisse varier d'un ordre juridique à l'autre -, la cause de nature patrimoniale semble plus facile à établir. Sans aller jusqu'à considérer qu'un tel critère découle de la nature des choses, on peut penser qu'il est plus indépendant des particularités des systèmes juridiques internes. Cependant, pour rendre compte de la tendance actuelle qui va dans le sens d'un élargissement du domaine de l'arbitrage, il ne paraît pas indispensable de substituer le critère de la cause patrimoniale à celui des droits disponibles (...)»<sup>393</sup>.*

**379. Proposition de reformulation de l'article 2059 du Code civil, et après ?:**  
Dans cette perspective, il est alors possible de continuer à réfléchir à une modification du Code civil. Cette réécriture implique-t-elle la suppression d'un des deux articles ou uniquement une reformulation de l'article 2059 ou de l'article 2060 du Code civil ? L'article 2060 établit une

---

<sup>392</sup> Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016, texte n°26, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2016.

<sup>393</sup> FAUVARQUE-COSSON B., *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, Bibliothèque de Droit privé, Tome 272, LJDJ 1996, p.103 et 104.

liste. S'il s'avère nécessaire d'effectuer une reformulation sous forme de liste, l'écueil à éviter est la liste à la Prévert, l'équilibre à rechercher est la liste exhaustive. L'exhaustivité en matière familiale est-elle appréhendable au regard de la féconde imagination du cerveau humain qui multiplie les situations de faits et de droits de prime abord surréalistes mais pourtant bien réelles ? Il faut rechercher des mots qui ont du sens, mais lesquels ?

**380. Thèse de la suppression :** Au lieu et place d'une reformulation, certains auteurs envisagent une simplification par suppression. Reste à placer le curseur sur l'échelle : faudrait-il supprimer l'article 2060 du Code civil uniquement ou tous les articles du Code civil relatifs à l'arbitrage ? Les avis sont d'ores et déjà partagés. A minima, la suppression de l'article 2060 du Code civil semble opportune. En ce sens, *« reste que, tant que le verrou de l'article 2060 du Code civil n'aura pas sauté, les questions d'état et de capacité des personnes et celles relatives au divorce et à la séparation de corps sont l'objet d'une exclusion formelle. Elles sont par principe inarbitrables. Ainsi, à l'occasion d'un litige d'ordre successoral soumis à l'arbitrage, si se pose une question préjudicielle sur la validité d'un mariage, l'arbitre ne peut pas se prononcer sur cet aspect. S'il l'estime opportun, l'arbitre peut en revanche surseoir à statuer dans l'attente de la décision du juge étatique exclusivement compétent pour trancher la question.<sup>394</sup> »* Mais certains auteurs vont plus loin et estiment que c'est une nécessité pour développer l'arbitrage. *« Comment favoriser l'essor de l'arbitrage en droit de la famille tant en matière patrimoniale qu'extra patrimoniale ? Certains obstacles demeurent et empêchent son développement complet à l'ensemble de la matière. Une première mesure radicale serait l'abrogation des articles 2059 et 2060 du Code civil qui restreignent le champ de l'arbitrabilité et qui sont contradictoires avec le divorce par consentement mutuel et la disponibilité de l'organisation conventionnelle des modalités d'exercice de l'autorité parentale.<sup>395</sup> »* Une solution maximale est également proposée : *« si l'on peut bien sûr améliorer les textes existants afin qu'ils offrent un plan cohérent, une syntaxe correcte et des concepts assurés, il existe une solution plus radicale consistant à supprimer les articles 2059, 2060 et 2061 du Code civil. Pure folie dira-t-on ? Pas tant que cela en réalité, pour peu qu'on veuille rappeler deux évidences avant d'entrer dans le cœur de l'analyse. D'une part, sur l'échelle de l'histoire de l'arbitrage, ces articles sont relativement récents puisque les plus anciens (les articles 2059 et*

---

<sup>394</sup> DEVERS A., *L'arbitrage en droit de la famille*, Droit de la famille, LexisNexis, n°1, janvier 2019, dossier n°7, paragraphe 3.

<sup>395</sup> BARBE G., FONTMICHEL (de) M., *La pratique de l'arbitrage en matière de divorce, de séparation et de successions*, La Semaine Juridique, Edition Générale, n°41, 8 octobre 2018, 1062, p.1835.



2060 al. 1<sup>er</sup> du Code civil) ne datent que de 1972, et l'arbitrage ne se portait pas plus mal avant qu'ils intègrent le Code civil. D'autre part, ils sont déjà écartés pour une grande partie de l'arbitrage car ils ne s'appliquent qu'en matière d'arbitrage interne, et non en matière d'arbitrage international.<sup>396</sup>»

**381.** La formule est célèbre « *il faut que tout change pour que rien ne change*<sup>397</sup> ». Les propositions sont nombreuses, plus ou moins radicales, plus ou moins influencées par le débat relatif à la place du juge en droit de la famille, par l'évolution des mœurs et des notions juridiques comme l'indisponibilité, l'ordre public, le caractère institutionnel de certains pans du droit de la famille, comme le mariage. Aussi, ces propositions sont-elles formulées, dans l'esprit de cette interrogation : ne serait-il pas « *opportun d'autoriser le recours à cette procédure dans certains domaines du droit de la famille pour lesquels l'intervention d'un arbitre librement choisi par les parties serait peut-être plus efficace qu'un procès douloureux et souvent amplificateur des conflits existants*<sup>398</sup> » ? Ces propositions peuvent être critiquées, et le terme critique n'emporte pas nécessairement un aspect négatif si l'esprit est critique et non de critique (2).

## 2. Critique de la proposition

**382.** **Supprimer, reformuler,** le Code civil certes. Mais, « *la question qui, rationnellement, doit être abordée en premier lieu est celle de la libre disponibilité des droits ; compromettre, comme transiger, est une des manières de disposer de ses droits.*<sup>399</sup> » La question de la disponibilité des droits, comme celle de l'ordre public en matière internationale, corrobore l'évolution du droit de la famille, de ses principes fondamentaux, de ses nouvelles valeurs, et justifie la volonté de réformer le Code civil (a), toutefois, cette proposition peut s'avérer dangereuse eu égard aux particularités de la matière (b).

---

<sup>396</sup> CLAY Th., *La simplification de la transaction et de l'arbitrage dans le Code civil*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 16, 21 Avril 2014, doct. 492, paragraphes 43 et 44.

<sup>397</sup> Cette formulation issue du film de VISCONTI est plus connue que la version du livre « *si nous voulons que tout reste tel que c'est, il faut que tout change* », d'après l'ouvrage de TOMASI DI LAMPEDUSA G., *Le Guépard*, éd. du Seuil, 2007, p.32.

<sup>398</sup> MALLET-BRICOUT M., *Arbitrage et droit de la famille*, Droit et patrimoine, n°104, mai 2002.

<sup>399</sup> JARROSSON Ch., *L'arbitrabilité, présentation méthodologique*, Rev. jur. Com., 1996, n°1, p.1, in FAUVARQUE-COSSON B., *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, Bibliothèque de Droit privé, Tome 272, LJDJ 1996.

## a. Une proposition justifiée par l'évolution du droit de la famille

**383. Le recul des obstacles traditionnels :** Si la définition d'indisponibilité existe, la réalité n'est pas si aisée. *« La difficulté vient du fait que la disponibilité des droits litigieux ne passe pas a priori pour un trait dominant du droit de la famille. À bien y regarder, la qualification des droits en cause est souvent une question de contexte. Pour les pensions alimentaires au titre de l'entretien et l'éducation des enfants, le recours à l'arbitrage est prohibé pour les arrérages à échoir, mais pourrait être autorisé pour les arrérages échus, le droit étant alors disponible. »*

**384.** L'indisponibilité est en droit civil, *« l'état d'un bien, d'un droit ou d'une action qui échappe au libre pouvoir de la volonté individuelle par interdiction ou restriction du droit d'en disposer<sup>400</sup> »*, plus précisément, l'indisponibilité de l'état de la personne c'est *« le principe selon lequel les éléments qui composent l'état de la personne sont placés hors du commerce. Une personne ne saurait ainsi, même à titre gratuit, se dépouiller de tel ou tel élément composant son état civil ; de même, les actions relatives à la filiation ne peuvent faire l'objet de renonciation.<sup>401</sup> »* Une autre composante de l'état des personnes était le principe de l'immutabilité et son corollaire le principe d'imprescriptibilité.

**385.** L'état de la personne est défini comme *« l'ensemble des règles des éléments caractérisant la situation juridique d'une personne au plan individuel : date et lieu de naissance, nom, prénom, sexe, capacité, domicile, au plan familial : filiation, mariage, et au plan politique : nationalité : qualité de français ou d'étranger, de nature à permettre d'individualiser cette personne dans la société dans laquelle elle vit. L'état des personnes relève de l'ordre public. En théorie, le droit est attaché aux principes de l'immutabilité et de l'indisponibilité de l'état de la personne. <sup>402</sup> »*

**386. Arbitrabilité et indisponibilité :** En matière d'arbitrabilité, la notion de l'indisponibilité des droits est souvent greffée sur l'ordre public et quelquefois réduite à la notion de droits extra-patrimoniaux. Certes, les notions de droits disponibles et de droits patrimoniaux sont proches, et quelquefois liées : il existe des droits patrimoniaux

---

<sup>400</sup> GUINCHARD S. et DEBARD Th. (ss dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 27<sup>ème</sup> édition, 2019-2020, p.581.

<sup>401</sup> GUINCHARD S. et DEBARD Th. (ss dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 27<sup>ème</sup> édition, 2019-2020, p.581.

<sup>402</sup> GUINCHARD S. et DEBARD Th. (ss dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 27<sup>ème</sup> édition, 2019-2020, p.472.

indisponibles<sup>403</sup>, inversement, il existe des droits extra-patrimoniaux disponibles<sup>404</sup>.

**387.** Le Code de procédure judiciaire suisse indique en son article 354 que « *l'arbitrage peut avoir pour objet toute prétention qui relève de la libre disposition des parties* », parallèlement, la Loi fédérale suisse sur le droit international privé (LDIP) du 18 décembre 1987, vise, en son article 177, non plus les droits disponibles mais les droits patrimoniaux : « *toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage* ». La frontière entre la notion d'indisponibilité et d'extra-patrimonialité est ténue voire sibylline. Si les droits extrapatrimoniaux sont en principe indisponibles, la sanction en cas de violation de ces derniers est susceptible de donner lieu à l'octroi de dommages et intérêts. L'octroi de dommages et intérêts implique un droit patrimonial qui serait susceptible de faire l'objet d'un compromis. Ainsi, par l'effet du temps dans la procédure, l'inarbitrable devient arbitral : le prononcé du divorce est inarbitrable, en revanche, le règlement des comptes d'une communauté est par exemple arbitral<sup>405</sup>, au Royaume-Uni, le prononcé du divorce n'est pas arbitral mais les conséquences financières le sont ainsi que le partage des biens, le versement d'une pension ou encore certaines questions relatives aux enfants. Si cette possibilité existe, ne serait-ce pas parce que ces droits seraient finalement partiellement indisponibles ou des droits mixtes à la fois disponibles et indisponibles ? « *Le droit indisponible ou disponible, en matière arbitrale, aurait une définition qui lui serait propre. La notion de disponibilité s'adresserait, non pas au droit substantiel, mais à la seule règle de compétence en faveur des tribunaux étatiques. Ladite règle de compétence serait disponible lorsqu'elle serait susceptible d'aménagements conventionnels au profit de l'arbitrage ; elle serait indisponible lorsqu'on ne pourrait y déroger au profit de l'arbitrage.*<sup>406</sup> »

**388. La résistance d'une matière sensible :** Il n'en demeure pas moins que le concept d'indisponibilité des droits existe toujours et que la liberté individuelle, certes de plus en plus importante eu égard à l'augmentation de l'individualisme, est encore limitée par le droit. Il semblerait en outre qu'un certain consensus - s'il est possible - demeure sur ce qui constituerait le noyau dur de l'indisponibilité des droits. Celui-ci porterait sur les questions d'état et de capacité des personnes dont les contours seraient ceux de l'établissement ou de la

---

<sup>403</sup> Par exemple des droits liés à la sécurité sociale ou aux pensions alimentaires.

<sup>404</sup> Par exemple, le droit lié au nom.

<sup>405</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 25 janv. 1963, JCP G. 1964, II, 13472, note P.L., l'arbitrabilité a également été reconnue en matière de partage entre héritiers : Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 7 novembre 1974, n°73-12.190 : JurisData n°1974-099287 ; Rev. arb.1975, p.302, note LOQUIN E., Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 5 juin 1973, n° 72-10.870, Juris Data n°1973-000192, Bull. civ. 1973, I, n°192, Rev. arb. 1974, p. 11, note LOQUIN E..

<sup>406</sup> POSOCCO L., *L'inarbitrabilité des litiges*, Gaz. Pal. n° 362, 28 déc. 2013, n° 156f6.

contestation de la filiation, le prononcé du divorce ou de la séparation de corps, la titularité et l'exercice des droits relatifs à l'autorité parentale. Aussi insaisissable soit-elle, aussi indéfinissable soit-elle, la notion d'indisponibilité est fondamentale en matière familiale. Les résistances montrent qu'elle reste pertinente. Si l'évolution de la société laisse penser que la notion d'indisponibilité est surannée, c'est peut-être extrapoler. Parallèlement à la notion d'indisponibilité émergent des droits non patrimoniaux dérivés de la personnalité individuelle comme le droit à l'image, le droit à l'honneur et à la vie privée, le droit à la protection des données personnelles, etc., qui attestent que la matière a des ressources et de la vigueur. La notion d'indisponibilité a sa place en matière familiale afin de la protéger. Les thèses de redéfinition peuvent s'avérer dangereuses (b).

## **b. Une proposition dangereuse au regard des spécificités du droit de la famille**

**389. Une redéfinition pour une matière dynamique et ses limites :** Avec l'évolution du droit de la famille émerge un nouveau triptyque : « *liberté, égalité, solidarité*<sup>407</sup> », ainsi que de nouvelles valeurs où règne la volonté. Cette place de la volonté, la subjectivisation de l'identité, le brouillage du concept d'indisponibilité, semblent ouvrir de nouvelles perspectives en matière d'arbitrabilité. En outre, l'essor de ce changement de paradigme engendre de nouveaux conflits que la souplesse de l'institution de l'arbitrage pourrait solutionner, si l'ouverture de l'arbitrabilité était confirmée.

**390. L'élan de la liberté :** Différentes libertés sont protégées par la Cour européenne des droits de l'homme et par la Cour de Justice de l'Union Européenne et rappelées dans leurs jurisprudences, notamment celle relative au droit de se marier<sup>408</sup> ou non<sup>409</sup>, la liberté de rompre

---

<sup>407</sup> FULCHIRON H. et MALAURIE PH., *La Famille*, op. cit..

<sup>408</sup> Cour EDH, 5 janvier 2010, *Frasik c/ Pologne*, SUDRE F. et al., GACEDEH, 9<sup>ème</sup> éd., Dalloz 2019, n°50.

<sup>409</sup> Cour EDH, *Shalk et Koft c/ Autriche* : « « 107. Enfin, la Cour entend se pencher sur l'argument des requérants selon lequel ils subissent encore une discrimination en tant que couple homosexuel à raison des différences existant entre, d'une part, le statut conféré par le mariage et, d'autre part, celui découlant du partenariat enregistré./ 108. La Cour part de ses constats précédents, à savoir que les Etats demeurent libres, tant au regard de l'article 12 qu'au titre de l'article 14 combiné avec l'article 8, de n'ouvrir le mariage qu'aux couples hétérosexuels. Néanmoins, les requérants paraissent soutenir que, si un Etat décide d'offrir aux couples homosexuels un autre mode de reconnaissance juridique, il est obligé de leur conférer un statut qui, même s'il porte un nom différent, correspond à tous égards au mariage. La Cour n'est pas convaincue par cet argument. Elle pense au contraire que les Etats bénéficient d'une certaine marge d'appréciation pour décider de la nature exacte du statut conféré par les autres modes de reconnaissance juridique./ 109. La Cour observe que la loi sur le partenariat enregistré donne aux requérants la possibilité d'obtenir un statut juridique équivalent ou similaire au mariage à de nombreux égards (paragraphes 18-23 ci-dessus). Les différences s'agissant des conséquences

le mariage qui n'est plus perçu comme une « *faculté (...) donnée qu'à ceux qui ont les inconvénients du mariage et qui sentent le moment où ils ont intérêt de les faire cesser*<sup>410</sup> ». La liberté c'est l'acceptation de la non-liberté, la reconnaissance abstraite d'un cadre limité, aussi, pour l'instant, les principes européens ne consacrent pas l'instrumentalisation d'un droit individuel pour instituer un droit à fonder une famille, quelles qu'en soient les circonstances, jusqu'à recourir à la gestation pour autrui par une personne seule ou en couple. Liberté liée à un droit, mais aussi liberté des individus, et là, il serait plus pertinent d'évoquer les libertés dans la mesure où la famille au singulier semble dépassée par une réalité qui ne pourrait être définie qu'au pluriel. Il existe des familles, des couples, des individus et à chaque strate, des libertés individuelles et collectives qui coexistent, cohabitent et quelquefois se confrontent. En outre, la liberté individuelle ne trouve pas seulement sa limite face à une autre liberté individuelle ou une liberté collective mais par l'objection de conscience personnelle de la personne libre sujet de droit. Ainsi, en matière de litiges familiaux, la liberté, ne serait-elle pas celle de pouvoir choisir l'arbitre qui les tranchera ? « *Il faut savoir, en effet, reconnaître une place à la liberté, en l'occurrence la liberté de payer – au prix cher – l'intervention d'arbitres pour régler des différends relevant des régimes matrimoniaux ou des successions. Exercée en respectant certaines exigences, cette liberté n'est pas choquante. Mais, peut-elle aller au-delà de la sphère patrimoniale stricto sensu ? Rien n'est moins certain. Pour le divorce, la filiation, la responsabilité parentale ou encore, les obligations alimentaires, l'admission de l'arbitrage international suscite des difficultés d'un autre ordre. Elle consacrerait ostensiblement des évolutions controversées : contractualisation ou privatisation du droit familial, désinvestissement de l'Etat dans le règlement des conflits familiaux, prime à l'autodétermination de chacun au détriment de l'ordre public.*<sup>411</sup> » Cette liberté en droit international s'illustre également dans les textes supranationaux qui instituent notamment dans les matières familiales une *optio juris* et dans les matières contractuelles, une *professio juris*.

---

*matérielles sont minimes tandis que celles qui subsistent quant aux droits parentaux sont importantes. Toutefois, cela correspond dans l'ensemble à la tendance observée dans d'autres Etats membres (paragraphes 32-33 ci-dessus). De plus, la Cour n'a pas à se prononcer en l'espèce sur chacune de ces différences de manière détaillée. Par exemple, les requérants n'ayant pas allégué qu'ils étaient directement touchés par les restrictions en matière d'insémination artificielle ou d'adoption, rechercher si ces différences sont justifiées déborderait du cadre de la présente requête. Dans l'ensemble, la Cour ne discerne nul signe indiquant que l'Etat défendeur aurait outrepassé sa marge d'appréciation dans le choix qu'il a fait des droits et obligations conférés par le partenariat enregistré./ 110. Partant, la Cour conclut qu'il n'y a pas eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8. »] ; CJCE, gde ch., 1<sup>er</sup> avril 2008, *Maruko*, JCP 2008, II, 10143, note DEVERS A. et VIANGELLI F., adde S.H. c/ Autriche, 3 nov. 2011.*

<sup>410</sup> MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Tome 2, Livre 26, Chapitre 3, édition Flammarion, 1979, p.180.

<sup>411</sup> FARGE M., *L'arbitrage et le contentieux familial international : deux mondes qui pourraient se rapprocher ?*, in Mélanges offerts à Geneviève PIGNARRE, un droit en perpétuel mouvement, LGDJ, 2018, p.324.

**391. L'éloge de l'égalité :** « *L'égalité englobe l'égalité entre homme et femme (en leur qualité d'époux notamment mais aussi en tant que parents), l'égalité entre enfants dans l'établissement de la filiation comme dans les effets de la filiation (responsabilité parentale, successions) et plus généralement l'égalité des familles (même s'il est loisible de réserver certains droits à la famille fondée sur le mariage).* <sup>412</sup> » L'égalité est inscrite sur les frontons de toutes les mairies, c'est une valeur de la République régulièrement invoquée. Elle est, et doit être, partout. Aussi, en matière d'arbitrage, instituer une justice privée à côté d'une justice étatique, une justice secrète en parallèle d'une justice publique établie au nom de la République, une justice payante et non accessible à tous avec l'aide juridictionnelle, etc. pourrait impliquer la crainte d'une justice à deux vitesses. « (...) *Pour lui [l'esprit égalitaire], la pénétration de l'arbitrage est propice à une justice de classes. Et la rapidité, la discrétion et l'expertise ne doivent pas être réservées aux riches. Sinon, l'admission de l'arbitrage favoriserait une sorte de retour en arrière. Jadis, en effet, le droit international privé familial était réservé aux Princes et aux Princesses en exil ou aux happy few de la société internationale prêts à payer des consultations à prix d'or ; aujourd'hui, il s'est démocratisé. Accepter l'arbitrage en droit de la famille risquerait de réintroduire cette justice de classe, car l'aide juridictionnelle ne permettra pas de s'offrir des arbitres. Même si ces critiques ne doivent pas être mésestimées, elles ne portent guère en matière patrimoniale. En ce domaine, l'égalité devant la justice ne doit pas conduire à défendre un égalitarisme de mauvais aloi.* <sup>413</sup> »

**392.** La liberté, l'égalité, sont inscrites sur tous les frontons des mairies, avec la notion de fraternité. La fraternité génère la solidarité.

**393. L'importance de la solidarité en matière familiale :** « *La solidarité entraîne la solidarité au sein du couple, la solidarité entre parents et enfants ainsi que la solidarité entre générations. Mais cette solidarité n'apparaît dans les textes et la jurisprudence européenne que de façon secondaire, tant il est vrai que ce n'est pas le groupe mais l'individu qui est au centre du débat : ainsi, la protection accordée aux étrangers contre l'éloignement du territoire sur lequel vit la famille (Conv. EDH, art. 8) concerne la personne ou les personnes membres*

---

<sup>412</sup> FULCHIRON H., *Un modèle familial européen ?*, in Vers un statut familial européen, Actes du colloque organisé par le Centre de Droit de la Famille de l'Université Jean-Moulin Lyon 3, sous la direction de BIDAUD-GARON Ch. et FULCHIRON H., en association avec le CREDIP à Lyon, les 21 et 22 novembre 2013, Dalloz, 2014, p.178-179.

<sup>413</sup> FARGE M., *L'arbitrage et le contentieux familial international : deux mondes qui pourraient se rapprocher ?*, in Mélanges offerts à Geneviève PIGNARRE, un droit en perpétuel mouvement, LGDJ, 2018, p.324.

*du groupe, et non pas le groupe lui-même : le droit personnel au respect de la vie privée et familiale plutôt que la famille.*<sup>414</sup> » Si ces principes sont enracinés dans le droit français, il est heureux de constater qu'ils existent également dans les autres Etats. Le développement de la mondialisation et des échanges au sein de l'Union européenne entre les Etats membres favorisent une influence réciproque, d'un point de vue jurisprudentielle notamment. L'introduction de l'arbitrage au cœur de la solidarité familiale ne contribuerait-elle pas à admettre que celle-ci n'est pas toujours monnayable ?

**394. Critique de la thèse de la suppression :** La suppression immédiate semble être une solution (trop) radicale. Une reformulation temporaire en attendant une suppression future serait probablement une alternative diplomatique, politique, susceptible d'être choisie par le législateur, mais dans certains cas, le temporaire dure longtemps et la reformulation subsistera peut-être. La suppression, immédiate ou future, serait-elle vraiment opportune ? L'arbitrage en droit de la famille n'a-t-il pas besoin de limite pour exister pleinement ? A l'inverse, l'arbitrage devrait-il avoir le panache de la justice de telle sorte que tout ce qui est susceptible de faire l'objet d'un jugement puisse faire l'objet d'un arbitrage, sans aucune restriction ?

**395.** Finalement, pourquoi ne serait-il pas possible d'arbitrer, par exemple, en cas de vente d'un enfant, handicapé ou non, liée à un trafic international, de gré à gré ou aux enchères sur internet ? Serait-ce en raison d'un jugement qui considérerait que cela est choquant ? Mais, dans cette hypothèse, qu'est-ce qui est le plus choquant : le fait que ces exemples soient arbitrables ou que ces situations de fait existent ?

**396.** Quid alors de l'arbitrabilité des droits patrimoniaux indisponibles auxquels il n'est pas possible de renoncer en amont, comme par exemple les créances alimentaires, le droit à prestation compensatoire. Admettre l'arbitrabilité de ces litiges reviendrait à reconnaître un contrat sur ces points actuellement non négociables. Plus qu'une reformulation des articles 2059 et 2060 du Code civil, cela impliquerait de revoir les articles du code liés aux créances alimentaires, prestation compensatoire, pacte sur successions futures, etc., et avec eux la résurgence de certaines craintes : « *qui veut savoir l'histoire du notaire PEYTEL, verra dans ce grimoire, combien il fut cruel ; c'est une jeune femme qu'il avait épousée, que, scélérat infâme, il a sacrifié ! Pour sa grande fortune, il l'avait demandée : de cette aimable brune la main lui*

---

<sup>414</sup> FULCHIRON H., *Un modèle familial européen ?*, in Vers un statut familial européen, Actes du colloque organisé par le Centre de Droit de la Famille de l'Université Jean-Moulin Lyon 3, sous la direction de BIDAUD-GARON Ch. et FULCHIRON H., en association avec le CREDIP à Lyon, les 21 et 22 novembre 2013, Dalloz, 2014, p.178-179.

*fut donnée ; dès qu'elle fut enceinte de son premier enfant, il projeta, sans crainte, de lui percer le flanc (...)»<sup>415</sup>.*

La suppression ou reformulation des articles 2059 et 2060 du Code civil pourrait-elle être effectuée de manière autonome et indépendante de tous les autres articles du Code civil et du Code de procédure civile ? Est-ce que cela n'aurait pas aussi un impact sur d'autres articles du Code civil (6, 16-1, 16-9, 54, 60, 323, etc.) et du Code de procédure civile ? Vouloir tout réformer serait préjudiciable à l'arbitrage qui a besoin de limites pour exister sur la scène internationale.

---

<sup>415</sup> Complainte sur l'assassinat de la Dame PEYTEL et de son domestique, commis par PEYTEL, notaire à BOURG-EN-BRESSE, département de l'Ain.  
<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k64299708.r=peytel?rk=85837;2> consultation au 29 janvier 2019.



## Conclusion du Chapitre 2

**397.** En droit de la famille, le juridique cède le pas au psychologique. Nombreux sont les praticiens du droit qui pour finaliser un dossier doivent avant tout être psychologues. En présence d'un conflit, cette approche est encore plus vraie eu égard au combat symbolique que mènent les parties de manière passionnelle, irrationnelle. Si les individus sont de plus en plus procéduriers, en parallèle une prise de conscience émerge en faveur de la rationalisation du conflit via le développement des modes alternatifs de règlement des conflits, la *Soft law*, l'émergence des règles d'éthique, l'exigence d'un procès arbitral équitable.

**398.** En droit de la famille, sont également impliquées les valeurs, la culture des individus, qui peuvent être un gage de réussite vers la réconciliation ou encore une cause certaine d'échec en cas d'incompréhension lorsque ce qui semble logique pour l'une des parties est parfaitement scandaleuse pour l'autre. A ces difficultés, il faut ajouter celles liées à la traduction – aux traductions quand deux, trois, langues voir plus sont utilisées, les écueils qui résultent du comportement non verbal où certains gestes, certaines attitudes peuvent être perçus comme déplacés. Ces faiblesses de la personne humaine s'inscrivent dans une société qui les occultent et qui imposent une culture de compétition, de réussite à tout niveau niant et rejetant toute déficience. Le droit de la famille qui repose sur des liens familiaux qui se fortifient avec le temps – l'amour ne prend-il pas patience ? - est secoué par une société qui exige tout, tout de suite, une société de l'immédiateté, une société vorace qui abhorre ce qui est susceptible d'être chronophage. Une autre facette de la culture ambiante de la société est liée à la recherche d'un responsable solvable qui doit réparer financièrement tout changement de volonté. Comment concilier cela avec le droit de la famille ? Faudrait-il prévoir un délai de rétractation de quinze jours après la naissance d'un enfant ? Qui rembourserait le « préjudice » subi par les parents ? La procédure arbitrale serait-elle la justice la plus à même de répondre à ces problématiques dans la mesure où elle ne se concentre pas sur ce qui est Juste – notion tellement mouvante selon les époques, cultures, etc. – mais sur ce qui est perçu comme juste ou injuste par les parties ? La procédure arbitrale familiale internationale serait-elle le symbole non pas de la justice mais du sentiment de justice ? Les sentiments sont tellement mis à l'honneur dans le monde juridique, pourraient-ils être un moteur en faveur de l'essor de l'arbitrage familial international ? Les parties auraient le sentiment d'être écoutées, d'avoir un droit à la parole, d'être respectées, reconnues ? Les sentences arbitrales seront-elles la panacée pour assouvir la quête du sentiment de reconnaissance et de justice en matière familiale internationale, dans un

élan de liberté impulsée par la volonté des parties respectueuses du pluralisme ?

**399.** « Dans cette matière délicate à bien des égards et fortement liée à l'évolution des mœurs, peut-être vaut-il mieux en effet écarter toute justice privée – même contrôlée par l'Etat – afin d'éviter la création de disparités qui ne feraient qu'ajouter à la confusion ou, du moins, aux interrogations qui existent dans certains pans du droit de la famille, par exemple en matière de filiation. Le droit de la famille est certainement un domaine trop sensible pour pouvoir être régi par des règles d'équité ou même des règles de droit librement interprétées par des arbitres choisis par les parties. Probablement, faut-il au contraire chercher à préserver dans notre système juridique une cohérence interne sur les questions d'ordre familial, afin d'éviter une « explosion des mœurs » mal maîtrisée.<sup>416</sup> »

---

<sup>416</sup> MALLET-BRICOURT, *Arbitrage et droit de la famille*, Droit et patrimoine, 2002, n°104.



## Conclusion du Titre 2

**400.** *« Quelle place pour l'arbitrage dans un contexte de justice familiale renouvelée ? La justice étatique n'est plus l'unique source de justice. (...) On assiste à un changement de paradigme. (...) Le débat repose alors sur le degré de confiance entre l'arbitre et en sa sentence : de lege feranda, il est envisageable que cette confiance soit bonifiée par des garanties nécessaires... (...) A certaines conditions l'arbitrage pourrait sans doute prendre une place plus grande parmi les modes destinés à rétablir, sinon la paix, du moins des solutions socialement acceptables dans les litiges familiaux.<sup>417</sup> »*

**401.** A bien des égards, l'arbitrabilité des litiges familiaux peut susciter des craintes. Toutefois, la jurisprudence de la Cour de cassation intervient régulièrement, en matière d'arbitrage commercial international, au visa des principes généraux du droit. Ces principes généraux du droit seraient les garants d'une arbitrabilité des litiges familiaux internationaux, comme notamment *« le principe d'égalité des parties dans la désignation des arbitres<sup>418</sup> »*, la protection des institutions d'arbitrage, la possibilité d'accéder à la justice, y compris la justice arbitrale<sup>419</sup>, etc..

**402.** Les principes généraux du droit, l'ordre public en matière internationale, évoluent et il est possible d'appliquer les propos alors énoncés pour l'arbitrage commercial international à l'arbitrage familial international : *« la voie a été élargie et les obstacles aplanis (...). Un véritable « marché » pour ce « service » s'est créé, et il est en pleine croissance.(...). Sur la route de cette justice privée, ceux-ci (les obstacles) étaient nombreux : des lois nationales hostiles, des juges étatiques méfiants ou interventionnistes et surtout, les embûches bien connues du droit international privé, soit la complexité de la solution des conflits de lois et la difficulté de la circulation internationale des sentences (...). Il fallait aplanir les obstacles qui se dressaient sur la voie de l'arbitrage international, pour lui permettre d'être le moyen commode et universel de règlement des litiges (...) l'autonomie de l'arbitrage international*

---

<sup>417</sup> MURAT P., *Arbitrage et évolution du droit français de la famille*, Droit et patrimoine, n°275, décembre 2017, dossier, p.35.

<sup>418</sup> Arrêt Sonapra 1999, Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juin 1999, Sté Sonapra c. Sté Adeossi et fils, Bull. civ., I, n°190.

<sup>419</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> février 2005, *Etat d'Israël c. sté National Iranian Oil Company (NIOC)*, n°s 02-15.237 et 01-13.742, Bull. civ I, n°53, Rev. arb. 2005.693, note MUIR-WATT H., JCP G, 2005, I, 134, note BEGUIN J., p.780, TRAIN F.- X., Ca arb. Vol. III, 2006, p.66, D. 2005.3050, Rev. crit. DIP, 2006.140, note CLAY Th, D.2005.2727, note HOTTE S., JCP G, 2005, II, 10101, note KESSLER G. et JCP E 2005.447 note KESSLER G., RTD com., 2005.266, obs. LOQUIN E., SIAR 2005, vol. 2.217, note TATTEVIN G., Gaz. Pal., 28 mai 2005, p.37, note TRAIN F.- X. : *« l'impossibilité pour une partie d'accéder au juge, fût-il arbitral (...) constitue un déni de justice qui fonde la compétence internationale du Président du Tribunal de grande instance de Paris »*

*suppose une certaine cohésion professionnelle, voire socio-politique. Cette solidarité du « milieu » qui fut à l'origine du succès de l'arbitrage corporatif.<sup>420</sup> »*

---

<sup>420</sup> FOUCHARD Ph., *Où va l'arbitrage international ?*, version remaniée et complétée d'une conférence donnée à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, le 17 novembre 1988 et à la Faculté de droit, section de droit civil, de l'Université d'Ottawa, le 24 novembre 1988, *Revue de droit de McGill, McGill Law Journal*, 1989.

## Conclusion de la Partie 1

**403.** Le vocabulaire du droit ressemble au « *violon qui a sa chaleur et sa couleur, dont le son dépend des matériaux qui le composent, de la température et de l'hygrométrie, mais aussi du talent du facteur, comme celui du violoniste et, en toute hypothèse, n'est jamais perçu et entendu comme il est émis*<sup>421</sup> ». Les difficultés sémantiques, les discordances d'analyse, d'interprétation, les définitions brouillées comme un jeu de piste voire introuvables, les évolutions des concepts, stimulent les enrichissantes controverses doctrinales.

**404.** Au cœur des fructueuses discussions, s'articulent notamment la contractualisation du droit de la famille, l'atténuation des dichotomies entre droits patrimoniaux et droits extrapatrimoniaux, entre droits disponibles et indisponibles, la remise en question des concepts traditionnels confrontés à des obstacles résistants et à l'ordre public en matière internationale.

**405.** L'impossible arbitrabilité de certains domaines n'est pas démodé et la force, la vigueur de la résistance de certains obstacles traditionnels en sont la preuve. Le droit comparé relève que les critères de l'arbitrabilité sont, généralement, fondés sur les notions d'indisponibilité (comme en France), la transigibilité (en Belgique notamment), la patrimonialité (pour l'arbitrage international suisse par exemple). Sur la scène internationale, le droit suisse semble le plus attractif, efficace, pragmatique. Erigé en droit modèle, il est fondé, tout comme la France, sur un système dualiste. Le législateur belge a adopté un système moniste pour prendre la première place sur la scène internationale, en vain. Le système *opting out/opting in* qui attribue des droits équivalents en droit interne ou en droit international ne s'avère pas si judicieux. Pourquoi vouloir des droits équivalents là où des protections plus fortes en raison de la proximité des liens doivent exister ? Pourquoi vouloir des droits équivalents là où la liberté contractuelle et l'autonomie de la volonté se développent ?

**406.** Aussi, le système dualiste français est intéressant. Si une partie de la doctrine le trouve trop fermé, il est alors possible de s'interroger sur une éventuelle ouverture de celui-ci, à l'instar du droit suisse, droit modèle en matière internationale. Le système dualiste suisse applique deux critères pour déterminer l'arbitrabilité d'un litige. En droit interne suisse, il est utilisé la notion d'indisponibilité des droits. En droit international suisse, le critère substantiel de la nature patrimoniale du litige est appliqué.

---

<sup>421</sup> ATIAS C., *Epistémologie juridique*, Dalloz, 1<sup>ère</sup> éd., 2002, p.85, n°139.

**407.** Aussi, le critère de l'indisponibilité retenu en droit français vivement critiqué par une partie de la doctrine qui prédit sa suppression (et milite ouvertement en ce sens) est pertinent. Le critère de l'indisponibilité, si difficilement saisissable, si peu compris, tend à être éradiqué, vraisemblablement à tort. Ce critère a du sens. Au lieu de chercher absolument à réviser les articles 2059 et 2060 du Code civil, de promouvoir l'arbitrage familial international par une transformation de l'arbitrage familial interne, ou par l'adoption d'un système *opting out/opting in*, en considérant que ce qui est applicable en droit interne doit l'être en droit international, il semble plus opportun de favoriser son essor en raison de sa nature. Au lieu de remettre en question le critère interne de l'arbitrabilité, ne serait-il pas plus opportun d'envisager un critère international de l'arbitrabilité qui disposerait qu'« en matière internationale, toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage » ? Cette nouvelle approche semblerait offrir une règle plus flexible, plus claire, pour l'arbitrabilité des litiges familiaux internationaux. Cette modification devrait, elle, être corroborée par une modification du critère de l'internationalité du litige dans la mesure où le droit suisse se fonde notamment sur un critère formel, subjectif, à savoir le siège. Vanté pour sa simplicité, sa prévisibilité, il s'avère que la notion de siège, domicile, résidence, en droit international, est tout sauf simple. En outre, si ce critère d'internationalité semble de prime abord plus compatible avec la matière familiale internationale que le critère économique, objectif français énoncé à l'article 1504 du Code de procédure civile, il est en pratique peu séduisant et moins international que le critère français.

**408.** Cette controverse doctrinale pourrait se résumer ainsi : « *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 juridictio. 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 (...) 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. (...) Je l'indique immédiatement, je n'en suis pas convaincu !<sup>422</sup> »*

**409.** Si rien n'est évident, d'une part en raison des interrogations que le sujet soulève, d'autre part, eu égard aux divergences d'opinions entre les théoriciens et les praticiens, il n'en demeure pas moins que l'arbitrage international familial en matière patrimoniale se pratique, se développe. Dès lors que certains domaines sont potentiels, ils deviennent souvent réels. Les

---

<sup>422</sup> NOURISSAT C., *L'arbitrage et le droit de la famille*, Procédures n°2, février 2020, dossier n°3.

objets d'analyses jusqu'alors théoriques deviennent effectifs et une théorie bien établie permet une bonne pratique. Du potentiel au réel, il n'y a qu'un pas. Par conséquent, il semble nécessaire de s'intéresser à la mise en œuvre de l'arbitre familial international (Seconde Partie).



## **SECONDE PARTIE**

# **L'ARBITRAGE DES LITIGES FAMILIAUX INTERNATIONAUX**

**410.** Quand la haute couture s'invite dans la justice privée pour protéger les secrets de famille...Un parallèle peut être effectué entre la haute couture et l'arbitrage en matière familiale car l'arbitrage c'est la justice du sur-mesure. Elle est constituée d'un corps - le tribunal - dont le cœur est l'arbitre, et le sang qui irrigue ses veines est celui de la justice étatique qui suit chaque étape, notamment grâce au rôle du juge d'appui. Comme la haute couture, ce corps doit être mis gracieusement en valeur (l'enjeu de la sentence arbitrale). Comme la haute couture, cette justice privée doit s'adapter aux valeurs de la maison, de la famille, de chacun de ses membres, et aux valeurs de chaque Etat (respect de l'ordre public en matière internationale par exemple). Comme la haute couture, les parties sont fières de participer à la réussite d'un accord qui rayonnera à travers le monde. Comme la haute couture, l'arbitrage en droit de la famille a l'exigence de l'élégance, l'exigence d'une rigueur à toute épreuve, l'exigence de n'omettre aucun détail, pour façonner un art de vivre au rayonnement mondial adapté à chaque famille. Les intérêts en jeu sont si importants que la médiocrité n'a pas sa place, il faut viser un exceptionnel savoir-faire, savoir-vivre pour trouver une solution raisonnable à chaque différend familial, pour respecter les perspectives de carrières des uns des autres, pour maintenir un esprit d'équipe, une empreinte familiale, un attachement quelles que soient les déchirures vécues et les distances parcourues.

**411.** Comme la haute couture, « *le droit français de l'arbitrage, aussi transnational et autonome qu'il soit, est en fait le reflet, voir la transposition des valeurs qui sont celles de notre République. En d'autres termes, pour être l'expression d'une conception libre, libérale, voir libertaire de l'arbitrage, déconnectée de toute contingence étatique, déracinée de tout territoire national, bref autonome, notre nouveau droit n'en est pas moins l'illustration de valeurs pour lesquelles la France est connue à travers l'histoire et le monde. Ce n'est pas le moindre des paradoxes. Mais cela explique également pourquoi sans doute le droit français de l'arbitrage, notamment international, est si connu et apprécié à travers le monde.*<sup>423</sup> »

**412. Rayonnement de l'arbitrage international :** « *L'extension du domaine de l'arbitrage international à certains pans du droit de la famille devrait nécessairement s'accompagner d'une adaptation de l'arbitrage dès lors que ce dernier a été construit pour les besoins des relations d'affaires internationales, c'est-à-dire pour des relations qui concernent des professionnels avisés et qui intéressent des disciplines juridiques dans lesquelles la loi n'a*

---

<sup>423</sup> CLAY Th., « *liberté, égalité, efficacité* » la devise du nouveau droit français de l'arbitrage, commentaire article par article, première partie, Journal du droit international Clunet, n°2, avril 2012, doctr.4, paragraphe 24.

*pas la même force symbolique et structurante qu'en droit de la famille.*<sup>424</sup> »

**413.** La mise en œuvre de l'arbitrage familial international (Titre 1) impliquera une phase post-arbitrale (Titre 2).

### **Titre I : La mise en œuvre de l'arbitrage familial international**

### **Titre II : La phase post-arbitrale**

---

<sup>424</sup> FARGE M., *L'arbitrage et le contentieux familial international : deux mondes qui pourraient se rapprocher ?*, in Mélanges offerts à Geneviève PIGNARRE, un droit en perpétuel mouvement, LGDJ, 2018, p.337.

# Titre I - La mise en œuvre de l'arbitrage familial international

---

**414.** « *Il n'y a d'arbitrage que voulu par les parties*<sup>425</sup> », mais la volonté est-elle suffisante pour mettre en œuvre l'arbitrage familial international ?

**415.** « *Le même personnel arbitral intervient régulièrement partout dans le monde, applique les mêmes règles de procédure, suit les mêmes pratiques et rend les mêmes sentences.*<sup>426</sup> » Réalité de l'arbitrage commercial international, serait-ce une sécurité pour l'arbitrage familial international ? La répétition, les algorithmes, le mimétisme ont une facette rassurante. Si ce sont les mêmes règles, les mêmes pratiques, les mêmes sentences, les mêmes personnes, les familles pourraient avoir l'impression d'être dans un milieu connu, rodé, infaillible. Mais, serait-ce vraiment un argument pour promouvoir un arbitrage familial international ? Est-ce qu'une famille qui voudrait recourir à l'arbitrage familial international qui se verrait opposer l'inarbitrabilité de son litige arguerait que son différend doit être arbitral parce que chaque dossier est identique ? Assurément non. Cette uniformisation du règlement des différends n'est pas transposable, sans catastrophe tout du moins, au droit de la famille. La richesse du droit de la famille c'est le pluralisme, chaque famille est unique. Si l'inarbitrabilité du différend était soulevé et qu'une famille voudrait promouvoir l'arbitrage, et recourir à celui-ci pour son dossier coûte que coûte, elle plaiderait que sa volonté c'est d'avoir une justice spécifique à chaque famille pour répondre au mieux à ses besoins, et par conséquent, qu'elle voudrait que l'arbitrage de son différend soit reconnu comme une justice de proximité conforme à sa volonté. Alors, comment se déroulerait concrètement un arbitrage familial international ?

**416.** Imaginons la succession d'un industriel français qui, au jour de son décès, laisse un patrimoine d'une valeur de soixante millions d'euros, composé d'œuvres d'art, d'une collection d'armes, des actions de sociétés aux Etats-Unis, en Suisse, en France, des biens

---

<sup>425</sup> CLAY Th., *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges*, D. 2011, p. 3023.

<sup>426</sup> GAILLARD E., *l'arbitrage international*, commentaire 2017/2, numéro 158, p.333-342.

immobiliers en France, des emplacements de ports, des comptes bancaires et lingots en France et à l'étranger, des bateaux, etc.. Ses héritiers sont sa femme, mariée sous le régime de la communauté de biens réduite aux acquêts contenant avantage matrimonial suivant contrat de mariage reçu par un notaire français, elle est également légataire aux termes d'un testament, et ses deux enfants. De son vivant, cet industriel a procédé à de nombreuses donations au profit de ses deux enfants. Les donations excèdent largement la quotité disponible mais aucun conflit ne semble perturber cette succession, si ce n'est, une action en reconnaissance de paternité commencée par une femme de nationalité italienne avant le décès. Cette action en reconnaissance de paternité est inconcevable pour la famille puisque dans l'hypothèse où une filiation biologique viendrait à être avérée, le défunt n'avait pas la volonté de reconnaître cet enfant, fruit d'une union avec la gouvernante de la maison familiale lorsqu'il était alors un adolescent.

**417.** Pour être international, en application du droit français, les nationalités françaises, italiennes, la présence de biens en Suisse, aux Etats-Unis, en France ne suffisent pas en matière d'arbitrage. Il faut des flux et des reflux au-delà d'une frontière. Est-ce que les voyages réguliers de cet industriel entre la France et la Suisse pourraient s'avérer suffisants ? Est-ce que les flux doivent-ils uniquement être matérialisés par des flux financiers ? Cette femme n'est pas reconnue en sa qualité d'enfant du défunt, aussi aucun flux financier n'existe alors qu'elle en est potentiellement créancière. En revanche, en application de la loi suisse les dispositions relatives à l'arbitrage international « *s'appliquent à tout arbitrage si le siège du tribunal se trouve en Suisse et si au moins l'une des parties n'avait, au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, ni son domicile, ni sa résidence habituelle en Suisse (...)*<sup>427</sup> ».

**418.** Dès lors que le choix des arbitres a été effectué et que le tribunal arbitral a été constitué, il est nécessaire de résoudre de nombreuses questions de procédures comme le siège de l'arbitrage -lieu neutre de préférence-, la langue de l'arbitrage -comprise par tous-, les règles qui régiront l'assistance, la représentation des parties, l'audition des témoins, des personnes protégées, où et comment s'effectueront les audiences et les enregistrements des témoignages, etc. Ainsi, au fil de l'instance, émergeront des ordonnances de procédure insusceptibles de recours délivrées par le tribunal pour les besoins de l'instance. Ces premières questions résolues, le tribunal peut envisager une première audience. Dans les pays de *common-law*, il s'agit d'une « *pre-trial conference* » ou d'une « *pre-hearing conference* ». Le temps en matière d'arbitrage est désormais compté, et le temps vaut de l'argent : coût financier des interlocuteurs

---

<sup>427</sup> Article 176 loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987.

certes mais aussi coût potentiel des indemnités d'occupation, des intérêts, de l'application de clauses pénales, etc.

**419.** La mise en œuvre de l'arbitrage familial international implique l'organisation de la justice arbitrale, du contrat d'arbitre (Chapitre 1) et de la convention d'arbitrage (Chapitre 2).

## **CHAPITRE 1 - LE CONTRAT D'ARBITRE : PROCEDURE ET INSTANCE ARBITRALES**

**420. Le contrat d'arbitre :** Il s'agit d'un « *contrat de prestation de services par lequel des parties en litige confient à un arbitre la mission de juger leur différend et fixent la durée de l'arbitrage, les règles de procédure et les règles de droit applicables au fond du litige. Ce contrat est distinct de la convention d'arbitrage dont l'objet est l'engagement des litigants de soumettre leur litige à des arbitres*<sup>428</sup> »

**421.** Ainsi, le contrat d'arbitre lie l'arbitre et les parties. Ce contrat confère à l'arbitre des droits – perception d'honoraires - et des obligations – accomplir sa mission jusqu'à son terme de manière impartiale et confidentielle. Dans le cadre d'une relation contractuelle, l'arbitre a une responsabilité civile personnelle. Comme l'arbitrage est une justice privée, l'arbitre juge privé est désigné par les parties et pour les parties, de manière éphémère, au sein d'un tribunal arbitral qu'il faut constituer temporairement pour les besoins de ce litige qu'il faut résoudre et qui disparaîtra en même temps que le conflit.

**422.** Cette constitution particulière du tribunal garantit une certaine sécurité juridique d'autant plus appréciable au niveau international lorsque les parties peuvent appréhender les conflits de juridictions ou les tentations de *forum shopping* qui seraient usitées par la partie adverse.

**423.** « *La règle actor sequitur forum rei a pour objet d'attribuer la compétence au tribunal du domicile du défendeur et non pas aux tribunaux de l'Etat auquel ressortit le défendeur : c'est une règle de compétence rationae personae, qui a pour objet de déterminer,*

---

<sup>428</sup> GUINCHARD S. et DEBARD Th. (ss dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 27<sup>ème</sup> édition, 2019-2020, p.284.

*entre les tribunaux compétents rationae materiae, le tribunal compétent pour statuer sur le litige déterminé : ce n'est pas une règle de compétence générale<sup>429</sup> »*

**424. Définitions des mots-clefs de l'arbitrage :** L'article 1.2 de la Convention de Genève dispose qu' « on entend par a) « convention d'arbitrage », soit une clause compromissoire insérée dans un contrat, soit un compromis, contrat ou compromis signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres, de télégrammes ou de communications par télécopieur, et, dans les rapports entre pays dont les lois n'imposent pas la forme écrite à la convention d'arbitrage, toute convention conclue dans les formes permises par ces lois ; b) « arbitrage », le règlement de litiges non seulement par des arbitres nommés pour des cas déterminés (arbitrage *ad hoc*), mais également par des institutions d'arbitrages permanentes ; c) « siège », le lieu où est situé l'établissement qui a conclu la convention d'arbitrage. »

**425. Précision sémantique quant à la notion d'arbitre :** La notion d'arbitre est plus large que celle de l'homme arbitre, cette notion fait également référence aux institutions arbitrales, aux centres d'arbitrages.

**426.** Le contrat d'arbitre implique le déroulement d'une procédure arbitrale devant le tribunal arbitral (Section I) et celui de l'instance (Section II).

## **Section I - La procédure arbitrale**

**427.** La procédure arbitrale devant le tribunal arbitral a notamment pour objet de déterminer la compétence de ce dernier (§1) et la détermination de la composition de celui-ci (§2).

### **§ 1. La compétence du tribunal arbitral**

**428.** Le tribunal arbitral est constitué pour les besoins du conflit, indépendamment

---

<sup>429</sup> BARTIN E., *Théorie des conflits de juridiction*, <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5656759q/f881.item.texteImage.zoom>

des règles de compétences judiciaires unilatéralement déterminées par chaque Etat ou des règles de compétences harmonisées comme au sein de l'Union européenne, ce qui élude les risques de conflits de juridictions, de litispendance et de connexité. En choisissant un tribunal arbitral, les parties anticipent, organisent, les modalités de résolution d'un éventuel conflit et éliminent toutes les inquiétudes liées à l'imprévisibilité mais aussi aux stratégies qui écarteraient le juge normalement compétent. La neutralité du siège du tribunal arbitral peut être un atout par rapport à une clause attributive de juridiction qui donne compétence à un tribunal du lieu de résidence de l'une des parties. Un autre avantage du tribunal arbitral face aux risques de conflits de juridictions et aux incertitudes susceptibles de résulter d'un *forum shopping* réside en matière de droit applicable, notamment eu égard aux lois de police et aux exceptions d'ordre public. Les juridictions étatiques appliquent rarement les lois de police étrangères, aussi, le choix d'une juridiction étatique peut avoir des incidences quant à l'application des lois de police et des exceptions d'ordre public en matière internationale. Par conséquent, désigner un tribunal arbitral c'est éviter de cautionner le traitement des lois de police et des exceptions d'ordre public en matière internationale par une juridiction étatique par rapport à une autre, en sachant que les incidences concrètes peuvent être importantes eu égard à certaines juridictions qualifiées de permissives et d'autres de restrictives. Un simple exemple, il serait préférable pour un couple homosexuel néerlandais-brunéien de désigner un tribunal arbitral dont le siège est situé à Paris ou à Genève plutôt que de désigner une clause attributive de juridiction au profit des Pays-Bas ou de Brunei tant l'écart entre les approches des deux juridictions sera certain. Si l'arbitrage peut être perçu comme une solution vis-à-vis des risques de conflits de juridictions, il n'en demeure pas moins que le tribunal arbitral, pour être valable, doit apprécier sa propre compétence (A) or il existe des hypothèses où le juge étatique sera nécessairement saisi et il prévaudra sur tout tribunal arbitral (B).

## **A. Le principe de « compétence – compétence »**

**429.** Le principe de « *compétence-compétence* » est celui au terme duquel le tribunal arbitral statue sur sa propre compétence. Pourquoi accepter qu'un tribunal arbitral soit compétent jusqu'à ce qu'il sache lui-même s'il l'est vraiment ? Comment un tribunal arbitral peut-il se constituer pour décider qu'il n'est pas compétent ? C'est « *dans la logique du principe* »



de validité de la clause d'arbitrage. La clause étant a priori valable, elle « doit recevoir application », selon l'expression de l'arrêt *Hecht* (1972) et investir l'arbitre de sa mission de juge. D'où découle logiquement la règle selon laquelle il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence<sup>430</sup> (...). Pourquoi cette problématique n'est-elle pas soumise concurremment ou exclusivement à une juridiction étatique ? Comment un tribunal arbitral peut-il statuer lui-même sur sa compétence ? En effet, la surprise peut être de mise. Néanmoins, la logique admet-elle qu'une partie puisse éluder l'arbitrage dans l'œuf en invoquant l'incompétence du tribunal arbitral qu'elle avait initialement voulu ? Permettre à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence, évite une manœuvre dilatoire susceptible d'être utilisée par une partie pour paralyser l'arbitrage, le temps d'obtenir un jugement qui se prononcerait sur la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage. En outre, conférer au tribunal arbitral l'appréciation de sa compétence - attribut essentiel des juridictions - c'est lui reconnaître la mission juridictionnelle dont les arbitres sont investis. Aussi, logiquement, le principe de compétence-compétence a été dégagé par l'arrêt *Impex*<sup>431</sup>. Règle à portée universelle, règle essentielle, règle objective du droit de l'arbitrage, elle permet à l'arbitrage d'exister et aux sentences arbitrales de subsister. En effet, dans l'hypothèse où, pour une raison diverse, il s'avèrerait que le tribunal arbitral n'est pas compétent, la sentence qui sera rendue à ce sujet sera valable. A défaut d'une telle règle, l'incertitude serait de rigueur. Cette règle fondamentale dégagée par la jurisprudence française a depuis été codifiée dans les réformes françaises de 1981 et 2011<sup>432</sup>, mais elle a aussi été adoptée en 1985 par la loi-type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international<sup>433</sup>, par l'article 1040 alinéa 1<sup>er</sup> du Code

---

<sup>430</sup> ANCEL J.-P., *L'arbitrage international en France*, Arch. Phil. Droit 52 (2009), p.197-212, spéc. 204.

<sup>431</sup> CA COLMAR, 29 novembre 1968, *Sté Impex c. P.A.Z. et a*, JCP G 1970, II, 16246 ; Rev. arb. 1968, p.149, note LEVEL P., OPPETIT B., Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 18 mai 1971, *Sté Impex c./ P.A.Z. et a.*, Rev. arb., 1972, p.2, note KAHN P., JDI 1972, p.62, note OPPETIT B..

<sup>432</sup> Décrets n°80-354 du 14 mai 1980 et 81-500 du 12 mai 1981, décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, JO du 14 janvier 2011, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2011.

<sup>433</sup> Article 16-1 de la loi-type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, « compétence du tribunal arbitral pour statuer sur sa propre compétence : 1. Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage. A cette fin, une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat la constatation de la nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire./ 2. L'exception d'incompétence du tribunal arbitral peut être soulevée au plus tard lors du dépôt des conclusions en défense. Le fait pour une partie d'avoir désigné un arbitre ou d'avoir participé à sa désignation ne le prive pas du droit de soulever cette exception. L'exception prise de ce que la question litigieuse excéderait les pouvoirs du tribunal arbitral est soulevée dès que la question alléguée comme excédant ses pouvoirs est soulevée devant la procédure arbitrale. Le tribunal arbitral peut, dans l'un ou l'autre cas, admettre une exception soulevée après le délai prévu, s'il estime que le retard est dû à une cause valable. / 3. Le tribunal arbitral peut statuer sur l'exception visée au paragraphe 2 du présent article soit en la traitant comme une question préalable, soit dans sa sentence sur le fond. Si le tribunal arbitral détermine, à titre de question préalable, qu'il est compétent, l'une ou l'autre partie peut, dans un délai de trente jours après avoir été avisée de cette décision, demander au tribunal visé à l'article 6 de rendre une décision sur

de procédure civile lors de la réforme de l'arbitrage en 1997<sup>434</sup>.

**430. Un principe garant de l'efficacité de l'arbitrage :** Ce principe général du droit intervient régulièrement au visa de plusieurs grands arrêts rendus en matière d'arbitrage et contribue à l'efficacité de l'arbitrage. Sans être exhaustif, il est possible de se référer aux visas des arrêts NBC, Levantina, Zanzi, savoir : « *vu les principes de validité de la convention d'arbitrage et de compétence-compétence*<sup>435</sup> », « *vu le principe de compétence-compétence*<sup>436</sup> », « *vu le principe de validité de la clause d'arbitrage international sans condition de commercialité et [de] celui selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence*<sup>437</sup> »

**431. Un principe confirmé par la jurisprudence et exporté :** La jurisprudence française est désormais constante : « *en matière internationale, l'arbitre a compétence pour apprécier sa propre compétence quant à l'arbitrabilité du litige au regard de l'ordre public international et dispose du pouvoir d'appliquer les principes et règles relevant de cet ordre public, ainsi que de sanctionner leur méconnaissance éventuelle, sous le contrôle du juge de l'annulation*<sup>438</sup> ». Cette règle devenue un fondement traditionnel de l'arbitrage s'est exportée dans le monde, notamment en Suisse<sup>439</sup>, en Belgique<sup>440</sup>.

---

*ce point, laquelle ne sera pas susceptible de recours ; en attendant qu'il soit statué sur cette demande, le tribunal arbitral est libre de poursuivre la procédure arbitrale et de rendre une sentence. »*

<sup>434</sup> Article 1040 alinéa 1<sup>er</sup> du Code de procédure civile allemand : « *Befugnis des Schiedsgerichts zur Entscheidung über die eigene Zuständigkeit (1) 1. Das Schiedsgericht kann über die eigene Zuständigkeit und im Zusammenhang hiermit über das Bestehen oder die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung entscheiden. 2. Hierbei ist eine Schiedsklausel als eine von den übrigen Vertragsbestimmungen unabhängige Vereinbarung zu behandeln.(...)* », « *Pouvoir du tribunal arbitral de décider de sa propre compétence (1) 1. Le tribunal arbitral peut décider de sa propre compétence et, à cet égard, de l'existence ou de la validité de la convention d'arbitrage. 2. Une clause compromissoire doit être considérée comme un accord indépendant des autres dispositions contractuelles (...)* ».

<sup>435</sup> Arrêt NBC de 2006, Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 juillet 2006, *Sté NBC c. BBernadau*, Bull. civ., I, n°364, JCP G, 2006, I, 187, p.2100, obs. SERAGLINI Ch., JCP G, 2006, II, 10182, note CAILLE P.

<sup>436</sup> Arrêt Levantina de 2007, Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 23 janvier 2007, *Sté Levantina de Hydraulica y Motores c. Scala et autres*, Rev. arb., 2007.279, obs. PIC P.

<sup>437</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 5 janvier 1999, n°96-21.430, *M. Zanzi ès qualité de curateur de la société Tripcovitch c. Coninck et al.*, Bull. civ., I, 1999, n°2, Rev. arb., 1999, p.260, note FOUCHARD Ph., Rev. crit DIP, 1999, p.546, note BUREAU D., RTD com., 1999, p.380, obs. LOQUIN E., D. et pat., 2000, n°79, p.110, note MOUSSERON P., JDI 1999.784, note POILLOT-PERUZETTO S..

<sup>438</sup> CA de PARIS, 1<sup>ère</sup> ch. suppl., 29 mars 1991, rev arb. 1991, 478, arrêt Ganz, note L. Idot.

<sup>439</sup> Article 357 du Code de procédure civile suisse : « *contestation de la compétence du tribunal arbitral : si la validité de la convention d'arbitrage, son contenu, sa portée ou la constitution régulière du tribunal sont contestés devant le tribunal arbitral, celui-ci statue par une décision incidente ou dans la décision sur le fond. / L'exception d'incompétence du tribunal arbitral doit être soulevée préalablement à toute défense sur le fond. »*

<sup>440</sup> Article 1690 du Code judiciaire belge : « *le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage. A cette fin, une convention d'arbitrage faisant partie d'un contrat considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de la nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la convention d'arbitrage. (...)* ».

**432. L'effet négatif de la compétence-compétence :** Toutefois, cette règle ne pourrait pas exister sans son corollaire, à savoir, l'effet négatif de la compétence-compétence. L'arbitre statue sur sa propre compétence sous le contrôle postérieur du juge étatique. Si un juge étatique est saisi et a connaissance de la convention d'arbitrage alors ce dernier, via un examen *prima facie*, octroie à l'arbitrage une priorité chronologique dans l'examen du sujet. Le juge étatique saisi peut contrôler la décision de l'arbitre qui statuait sur sa propre compétence, et confirmer, ou non, la décision qui a été prise par le tribunal arbitral. Une fois encore, cette règle a été exportée dans le monde.

« (...) *Les clauses d'arbitrages stipulées dans différents contrats interdépendants peuvent-elles être contestées si l'une d'entre elles se révèle être pathologique ? Pour répondre à la question, le tribunal [de commerce de Cotonou] se réfère successivement aux articles 13 et 11 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage déclinant le principe de compétence-compétence. Par une appréciation in concreto, il observe que les faits de l'espèce n'ont donné lieu à aucun doute sur l'expression commune, manifeste et constante de la volonté des parties de soumettre leur litige à l'arbitrage. Aussi, en l'absence de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage, le juge étatique saisi doit se déclarer incompétent à la demande de l'une des parties. En conséquence, la présence d'une clause d'arbitrage au contrat est une cause d'incompétence du juge étatique. Cette solution, quoique traditionnelle par l'application des textes sus-énoncés, enseigne que l'existence de la clause d'arbitrage n'entraîne pas mécaniquement l'incompétence du juge étatique saisi. Celui-ci, à partir d'une appréciation concrète des faits, doit caractériser la volonté commune des parties de soumettre le litige à un arbitre qui reste l'unique juge de sa propre compétence.*<sup>441</sup> ». Ce respect par le juge étatique de la volonté des parties est essentiel pour garantir l'efficacité de l'arbitrage. L'arbitre est indépendant et interdépendant du juge étatique. Indépendant puisqu'il est un juge privé qui rend une sentence définitive qui a autorité, interdépendant car sa compétence et sa sentence sont susceptibles d'être contrôlées par un juge étatique. Dans le même sens, « *lorsqu'un litige, dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention arbitrale, est porté devant une juridiction étatique, celle-ci doit, si l'une des parties en fait la demande, se déclarer incompétente. Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction étatique doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit*

---

<sup>441</sup> DAGBDJI Ch., Bénin : l'incompétence du juge étatique tirée de l'existence d'une clause d'arbitrage, T. com., Cotonou, 25 janv. 2019, n°011/19/CJ/SI/TCC, L'essentiel Droits africains des affaires, n°7, juillet 2019, n°112h5, p.7.

*manifestement nulle (...). La haute juridiction communautaire, par cet arrêt, procède à une meilleure application de l'article précité [article 13 de l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage]. En effet, les juridictions étatiques ne sont pas compétentes pour connaître du litige au fond lorsque les parties ont convenu de soumettre sa solution à un arbitre. Cette incompétence est une conséquence de la convention d'arbitrage (clause compromissoire ou compromis), laquelle constitue un fondement traditionnel à l'arbitrage.*<sup>442</sup> » Fondement traditionnel de l'arbitrage, qui, en droit international de la famille, nécessite une vigilance particulière selon les droits en cause ou les personnes concernées par l'arbitrage. Cela serait notamment le cas lorsque l'arbitre devrait apprécier sa propre compétence quant à l'arbitrabilité du litige en fonction de l'ordre public international, *a fortiori* si le contenu de l'ordre public en matière internationale heurte profondément la sensibilité d'une des parties. Imaginons l'hypothèse d'un couple néerlandobrunéien dont une personne demande le divorce alors que son conjoint ne l'admettrait pas ; sans le principe de compétence-compétence, l'une des deux parties tenterait de se rapprocher de son juge national pour faire échec à la compétence de l'arbitre. Au lieu d'opposer la justice arbitrale et la justice étatique, la symbiose entre les deux institutions est nécessaire.

**433. Effet négatif et caractère abusif de la clause compromissoire :** la Cour de cassation française, dans un arrêt du 30 septembre 2020, a rejeté un moyen qui considérait que le caractère abusif d'une clause compromissoire relevait « *de la seule compétence de l'arbitre* ». La Cour de cassation a soigneusement comparé les modalités procédurales, les principes qui doivent être préservés - principe d'autonomie procédurale, principe d'équivalence, principe d'efficacité - au regard, notamment, de la protection du consommateur, de l'intérêt public, et ce, pour respecter la règle procédurale tout en assurant l'exercice des droits du justiciable, en l'occurrence du consommateur. Le bilan ainsi établi a révélé que le caractère abusif de la clause compromissoire ne relève pas de la seule compétence de l'arbitre mais de l'office du juge qui doit assurer la pleine efficacité du droit<sup>443</sup>.

---

<sup>442</sup> AKONO ADAM R., *Incompétence de la juridiction étatique en présence d'une convention d'arbitrage*, CCJA, 2<sup>ème</sup> ch., 29 nov. 2018, n°244/2018, L'Essentiel Droits africains des affaires n°6, juin 2019, n°112°8, p.3. Dans le même sens encore CCJA, 1<sup>ère</sup> ch., 29 juin 2006, n°009/2006, CCJA, 3<sup>ème</sup> ch., 7 juillet 2016, n°129/2016, CCJA 3<sup>ème</sup> ch., 7 juin 2018, n°152/2018 AYEWOUDAN A., *incompétence de la juridiction étatique en présence d'une clause compromissoire*, L'Essentiel Droits africains des affaires n°1, janvier 2019, n°111w6, p.2., voir aussi CA Abidjan, 30 juillet 2002, n°1032 :Ohadata J-03-28 « *la clause compromissoire interdit toute compétence des juridictions de l'ordre judiciaire* ».

<sup>443</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 30 septembre 2020, pourvoi n°18-19.241, arrêt n°556, [https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/arrets\\_publics\\_2986/premiere\\_chambre\\_civile\\_3169/2020\\_963\\_3/septembre\\_9871/556\\_30\\_45608.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/arrets_publics_2986/premiere_chambre_civile_3169/2020_963_3/septembre_9871/556_30_45608.html) : énoncé du moyen : « *qu'en vertu du principe compétence-compétence, il appartient à l'arbitre de statuer, par priorité, sur sa propre compétence, le juge étatique étant sans pouvoir pour le faire, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage ; que l'appréciation du caractère abusif d'une clause d'arbitrage au sens de la directive n° 93/13 CEE du 5 avril 1993 suppose un examen par le juge des conditions dans lesquelles la clause a été négociée et conclue, incompatible en tant que tel avec la constatation*

**434.** *« Complémentarité entre la justice étatique et la justice arbitrale : concurrence ? les rapports entre les deux justices pourraient se présenter en termes de concurrence. Ainsi, en serait-il si l'une des parties essaye de torpiller une clause compromissoire en s'empressant de saisir une juridiction étatique. La parade est à rechercher dans l'effet négatif du principe de compétence-compétence, lequel devrait conduire la juridiction à se déclarer, à la demande de l'autre partie, incompétente. Reste qu'en France ce principe n'est absolu que lorsque l'arbitre a été saisi du litige (CPC, art.1448, al.1<sup>er</sup>). Surtout, il faut craindre que la partie voulant déjouer la compétence arbitrale saisisse une juridiction étrangère. S'il s'agit d'une juridiction européenne, l'absence d'exclusion de l'arbitrage dans les règlements risque de paralyser l'effet négatif du principe de compétence-compétence puisque le juge saisi pourrait s'estimer autorisé à apprécier l'efficacité d'une convention d'arbitrage lorsqu'elle a pour effet de lui interdire de se prononcer sur sa compétence en application du règlement. C'est dire que l'extension de l'arbitrage à la matière familiale est, comme il est usuel en droit international privé, subordonnée, à un consensus des Etats. A défaut, la justice arbitrale pourra être court-circuitée ou ignorée par les autres ordres juridiques. Or, à scruter le droit comparé, il n'est pas possible d'affirmer un essor significatif de l'arbitrage international en matière familiale. Il y a là une raison décisive à douter de l'opportunité de son développement en France. Nonobstant cette réserve, il faut à présent*

---

*de son caractère manifestement nul ou inapplicable ; qu'il en résulte que le juge étatique saisi d'un litige opposant des parties liées par une clause compromissoire ne peut retenir sa compétence après avoir statué lui-même sur le caractère abusif prêté à la clause, cet examen relevant de la seule compétence de l'arbitre ; qu'en écartant l'application de la clause d'arbitrage insérée au contrat liant les parties, et en retenant la compétence du juge étatique, au prétexte qu'elle serait manifestement abusive, après avoir cependant procédé à un examen de son applicabilité incompatible avec l'office du juge étatique et relevant de la seule compétence de l'arbitre, la cour d'appel a méconnu le principe susvisé, ensemble l'article 1448 du code de procédure civile »*

*réponse de la Cour : « (...) en l'absence de réglementation communautaire en la matière, les modalités procédurales visant à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire relèvent de l'ordre juridique interne de chaque État membre en vertu du principe de l'autonomie procédurale des États membres, à condition toutefois qu'elles ne soient pas moins favorables que celles régissant des situations similaires de nature interne (principe d'équivalence) et qu'elles ne rendent pas impossible en pratique ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire (principe d'effectivité) (...) Il résulte de l'article 1448 du code de procédure civile, applicable à l'arbitrage international en vertu de l'article 1506 du même code, sauf si les parties n'en sont autrement convenues, que lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable. La règle procédurale de priorité édictée par ce texte ne peut avoir pour effet de rendre impossible, ou excessivement difficile, l'exercice des droits conférés au consommateur par le droit communautaire que les juridictions nationales ont l'obligation de sauvegarder. Dès lors, la cour d'appel qui, après en avoir examiné l'applicabilité, en tenant compte de tous les éléments de droit et de fait nécessaires dont elle disposait, a écarté la clause compromissoire en raison de son caractère abusif, a, sans méconnaître les dispositions de l'article 1448 du code de procédure civile, accompli son office de juge étatique auquel il incombe d'assurer la pleine efficacité du droit communautaire de protection du consommateur. Le moyen n'est donc pas fondé. (...) »*

*s'intéresser à la nécessaire complémentarité entre la justice arbitrale et la justice étatique.*<sup>444</sup> »

**435.** Une fois encore la bonne intelligence est de mise pour que l'arbitrage familial international puisse se développer. Supposons qu'une clause d'arbitrage soit rédigée dans une donation-partage apparemment égalitaire qui allotirait un enfant de la nue-propiété d'un bien immobilier situé dans le sud de la France et donnerait à l'autre enfant la pleine propriété d'un compte bancaire situé en Suisse. Fiscalement, les lots sont de valeurs équivalentes. Civilement, les lots sont inégaux puisque un enfant reçoit de la pleine propriété alors que l'autre recueille de la nue-propiété (la valeur économique de l'usufruit n'est pas prise en considération lors de l'allotissement). Préalablement à l'ouverture de la succession du donateur, l'enfant qui a reçu le compte bancaire suisse souhaite contester cette donation. Si la clause compromissoire est admise dans une donation-partage internationale, si l'arbitrabilité du différend relatif à l'évaluation est reconnue, si l'interprétation du silence des règlements européens s'avère *in favorem arbitrandum*, si, et si, et si, d'un point de vue uniquement du principe de la compétence-compétence, l'arbitre se déclarera compétent - ou non - sans attendre une décision d'un juge étatique. La clause compromissoire a pour objectif d'anticiper un conflit : si cette anticipation est anéantie par une course au juge étatique préalablement à toute saisie d'un arbitre, alors l'organisation est vaine. Les dispositions prises par les parties auront besoin d'être soutenues par les législations étatiques pour généraliser la symbiose entre l'arbitre et le juge, afin qu'ils ne soient pas concurrents, mais chacun à leur place : l'arbitrage statuant en priorité sur sa propre compétence, sous contrôle du juge étatique, lequel prévaut (B).

## **B. La prévalence du juge étatique**

**436.** **Le juge étatique, « l'auxiliaire de la justice arbitrale », « pivot du système » :** L'un des principes directeurs de l'arbitrage c'est d'assurer le respect du procès équitable, avec le concours du juge étatique, le « *juge d'appui* ». L'arbitrage n'est pas une institution pour contourner les juridictions étatiques. La complémentarité entre les deux ordres de justice est nécessaire. « *En France, l'innovation majeure du décret du 14 mai 1980 est d'avoir fait du juge étatique l'auxiliaire de la justice arbitrale aux fins de parfaire la volonté des parties pour*

---

<sup>444</sup> FARGE M., *L'arbitrage et le contentieux familial international : deux mondes qui pourraient se rapprocher ?*, in Mélanges offerts à Geneviève PIGNARRE, un droit en perpétuel mouvement, LGDJ, 2018, p.350-351.

*consolider l'existence du tribunal arbitral* »<sup>445</sup>. Outre « l'auxiliaire de la justice arbitrale », le juge d'appui a été qualifié de « *pivot du système* »<sup>446</sup> lorsque ce dernier s'est vu attribuer deux nouvelles compétences, l'une lorsque les parties donnent compétence aux juridictions étatiques françaises pour résoudre leur litige lié à la procédure arbitrale, l'autre en cas de risque de déni de justice. Ces nouveaux chefs de compétence consacrent la jurisprudence NIOC qui a reconnu l'intervention du juge d'appui français pour lutter contre le silence de l'Etat d'Israël afin de désigner un arbitre<sup>447</sup>.

**437.** Le juge étatique prévaut sur l'arbitre. Le juge judiciaire peut intervenir à trois niveaux : en sa qualité de juge d'appui, de juge du recours ou de juge de l'exequatur.

**438.** « *Questions préliminaires d'état des personnes : de tout ce qui précède, une ligne de partage se dégage concernant le recours à l'arbitrage entre, d'un côté les régimes matrimoniaux ou patrimoniaux ainsi que les successions et les obligations alimentaires et, de l'autre, la filiation, la responsabilité parentale et, nous semble-t-il encore, le divorce. Reste que toutes ces institutions sont étroitement imbriquées. Leurs ramifications apparaissent dans le contentieux patrimonial sous la forme de questions préliminaires. Ainsi pour contester une prétention successorale ou une demande de liquidation d'un régime ou encore une demande d'aliments, la validité, l'existence d'un mariage ou d'un lien de filiation. Devant l'arbitre cette contrainte peut se présenter de deux façons.*

**439.** *Existence d'une décision judiciaire : ou bien la question d'état a déjà été traitée par un juge. Par exemple, un « divorce sec » a été prononcé à l'étranger et l'arbitre est sollicité pour procéder à la liquidation partage de l'ensemble des biens des époux ou de ceux non encore partagés sis en France où siège le tribunal arbitral. Préliminairement, il faut observer que si les ex-époux ne remettent pas en cause la régularité de leur décision de divorce, l'arbitre doit pouvoir procéder à la liquidation sans que les parties n'aient besoin de lui produire une décision judiciaire accordant la reconnaissance ou l'exequatur du jugement étranger. La dispense d'une procédure judiciaire paraît alors injustifiée tant par le principe d'efficacité de*

---

<sup>445</sup> WEILLER L., *Les recours contre les décisions du juge d'appui*, Rev. arb. 2018, n°1, p.16, voir DELVOLLE J.- L., *L'intervention du juge dans le décret du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage*, Rev. arb., 1980.607, spéc.615.

<sup>446</sup> CLAY Th., *L'appui du juge à l'arbitrage*, Paris Journal of Intern Arbitration, Cah. Arb., 2011, n°2, p.331 et s., spéc. N°15, cité in WEILLER L., *Les recours contre les décisions du juge d'appui*, Rev. arb. 2018, n°1, p.18.

<sup>447</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> février 2005, *Etat d'Israël c. sté National Iranian Oil Company (NIOC)*, n°s 02-15.237 et 01-13.742, Bull. civ I, n°53, Rev. arb. 2005.693, note MUIR-WATT H., JCP G, 2005, I, 134, note BEGUIN J., p.780, TRAIN F.- X., Ca arb. Vol. III, 2006, p.66, D. 2005.3050, Rev. crit. DIP, 2006.140, note CLAY Th, D.2005.2727, note HOTTE S., JCP G, 2005, II, 10101, note KESSLER G. et JCP E 2005.447 note KESSLER G., RTD com., 2005.266, obs. LOQUIN E., SIAR 2005, vol. 2.217, note TATTEVIN G., Gaz. Pal., 28 mai 2005, p.37, note TRAIN F.- X.

*plein droit que par le commun accord des parties. Sans doute pourrait-on objecter que la reconnaissance de plein droit est précaire puisqu'elle reste subordonnée à un éventuel contrôle de la régularité, de sorte qu'une partie déçue par l'arbitrage pourrait être tentée d'échapper à la sentence puisque son office est limité au contrôle de cette dernière. Pourrait-elle atteindre son objectif par le biais d'une action visant à obtenir l'inopposabilité ou la non-reconnaissance du divorce lui-même ? Un principe de cohérence, sous la forme de l'estoppel, ne devrait-il pas encore contrarier cette palinodie ? Encore plus délicate est l'hypothèse dans laquelle l'arbitre, saisi en vertu d'une clause compromissoire, se verrait immédiatement opposer l'inopposabilité du jugement étranger de divorce. En pareil cas, le détour par le juge judiciaire paraît indispensable sauf à considérer – ce qui semble très discutable – que l'arbitre puisse apprécier la régularité d'une décision judiciaire<sup>448</sup> ». En effet, l'appréciation d'une décision judiciaire par l'arbitre reviendrait à lui octroyer des pouvoirs qu'il n'a pas ; ce serait dépasser l'institution et cela nuirait à la Justice.*

**440.** *« Absence de décisions judiciaires : ou bien la question préalable de statut personnel n'a pas encore fait l'objet d'une appréciation judiciaire. Ainsi la vocation successorale d'un héritier est-elle discutée au prétexte que son mariage avec le défunt serait nul ou que sa filiation avec ce dernier serait contestable. Si l'arbitre doit pouvoir apprécier la force probante des actes d'état civil présentés par les parties, il ne peut évidemment pas trancher une action relative à l'état des personnes. Ce faisant, il dépasserait les limites de sa mission. Une telle question ne devrait pas néanmoins le conduire à renoncer à cette mission, il lui faudra alors surseoir à statuer dans l'attente d'une décision judiciaire tranchant de manière définitive la question préliminaire<sup>449</sup> ». Autre exemple, une action en reconnaissance de paternité commencée devant les juridictions italiennes préalablement à l'ouverture de la succession du prétendu père en France devra être clôturée préalablement à une éventuelle procédure arbitrale qui ferait le partage du patrimoine successoral situé en France, en Suisse et aux Etats-Unis. S'ils pouvaient choisir, il serait fort probable que les enfants reconnus par le défunt préféreraient que l'arbitre chargé de trancher le litige relatif aux opérations de liquidation et de partage résolve préalablement la question de la filiation. Ils argueraient notamment deux raisons : la discrétion d'une part, et d'autre part, ces enfants savent que cette fille est bien la sienne mais elle n'a pas été voulue par le défunt : c'est la fille de la gouvernante assimilée à*

---

<sup>448</sup> FARGE M., *L'arbitrage et le contentieux familial international : deux mondes qui pourraient se rapprocher ?*, in Mélanges offerts à Geneviève PIGNARRE, un droit en perpétuel mouvement, LGDJ, 2018, p.350-351.

<sup>449</sup> FARGE M., *L'arbitrage et le contentieux familial international : deux mondes qui pourraient se rapprocher ?*, in Mélanges offerts à Geneviève PIGNARRE, un droit en perpétuel mouvement, LGDJ, 2018, p.350-351.



*Léon* au temps de la *Mère Coupable* de Beaumarchais. L'absence de volonté du défunt de reconnaître cette fille, à laquelle s'ajoute une impensable hiérarchie fondée par un critère de milieu social, leur semblaient prépondérantes à la vérité biologique. Aussi, à l'heure où, bouleversé par les avancées scientifiques, le droit de la filiation se cherche, il semblerait très dangereux de ne pas reconnaître la prévalence du juge étatique pour assurer l'efficacité de l'arbitrage. Si une telle question devait être résolue par l'arbitre, des soupçons de corruption pourraient remettre en cause le bienfondé de l'institution arbitrale et nuire à son efficacité. La coopération entre le juge étatique et l'arbitre permet, à l'inverse, à l'arbitre de surseoir à statuer jusqu'à ce que la question relative à la reconnaissance de paternité aboutisse, pour ensuite procéder aux opérations de liquidation et de partage. Opération délicate puisque le patrimoine du défunt de soixante millions d'euros peut être réduits à cinq millions si les règles du Code civil françaises sont mal appliquées. L'efficacité de la Justice œuvrera ainsi avec un juge étatique qui tranchera une action relative à l'état des personnes et un arbitre qui liquidera, civilement et fiscalement, le patrimoine successoral international.

**441.** « *Conclusion : selon un vieux folklore ancré dans les Facultés de droit, il faut se dispenser de conclure. (...) Mais que conclure de la possibilité, l'opportunité d'étendre l'arbitrage au contentieux familial international. Même s'il s'agit d'une conclusion particulièrement décevante : la nôtre se résume au doute, lequel peut se mesurer au nombre de points d'interrogation figurant dans cette contribution.*<sup>450</sup> »

**442.** Il s'agit de s'intéresser aux conditions d'intervention du juge d'appui (1) ainsi que son domaine d'intervention (2).

## **1. Les conditions d'intervention du juge d'appui**

**443.** « *Le juge d'appui n'a cessé de voir sa compétence renforcée et dans quatre directions conjuguées : premièrement, par l'extension de ses pouvoirs dans le temps, avec la célèbre jurisprudence *La Belle Créole* qui a considéré que le juge d'appui pouvait intervenir même après la "constitution" stricto sensu du tribunal arbitral ; deuxièmement par l'extension de ses chefs de compétence avec l'arrêt *Nioc* ; troisièmement par l'extension de ses attributions à la détermination du centre d'arbitrage choisi par les parties ; enfin, quatrièmement, par*

---

<sup>450</sup> FARGE M., *L'arbitrage et le contentieux familial international : deux mondes qui pourraient se rapprocher ?*, in Mélanges offerts à Geneviève PIGNARRE, un droit en perpétuel mouvement, LGDJ, 2018, p.350-351.

*l'extension de sa saisine qui peut même être faite désormais à titre préventif*<sup>451</sup> ».

**444. Compétence internationale, lien de rattachement entre le litige et la France : un juge d'appui en lien avec le litige :** En application de l'article 1505 du Code de procédure civile français « *en matière d'arbitrage international, le juge d'appui de la procédure arbitrale est, sauf clause contraire, le président du tribunal judiciaire de Paris lorsque : 1. L'arbitrage se déroule en France ; ou 2. Les parties sont convenues de soumettre l'arbitrage à la loi de procédure française ; ou 3. Les parties ont expressément donné compétence aux juridictions étatiques françaises pour connaître des différends relatifs à la procédure arbitrale ; ou 4. L'une des parties est exposée à un risque de déni de justice.*<sup>452</sup> » Le juge étatique est devenu le « *juge d'appui universel*<sup>453</sup> ». Cela ne signifie pas que le juge d'appui français peut s'immiscer dans tous les conflits du monde. Il s'agit de reconnaître sa compétence dans un contexte international. Si un risque de déni de justice était porté à la connaissance du juge français, il pourrait alors intervenir. Cette exception résulte d'un arrêt de la Cour de cassation<sup>454</sup>. Cette compétence universelle du juge d'appui français en cas de déni de justice se fonde aussi sur la conception libérale de l'arbitrage et sur les principes essentiels du droit français. Conformément aux dispositions de l'article 1505 du Code de procédure civile, cette compétence n'est reconnue qu'en l'absence d'une « *clause contraire* », c'est-à-dire d'une clause d'élection de for d'un juge d'appui. Les parties pourraient très bien envisager qu'un juge étranger soit compétent. Le lieu du siège de l'arbitrage est d'ailleurs généralement choisi au regard du juge étatique susceptible d'intervenir en appui. La compétence du juge d'appui fondée sur le déni de justice concerne les cas de déni de justice formels, la Cour d'appel de PARIS a censuré une interprétation plus extensive de l'article 1505 alinéa 4 du Code de procédure civile français au cours de l'affaire *Garoubé*<sup>455</sup> et la Cour de cassation lui a donné raison<sup>456</sup>. Le juge

---

<sup>451</sup> CLAY Th., *Code de l'arbitrage commenté*, préface de CADIET L., LexisNexis, 2015, spéc. p.64, in FONTMICHEL (de) M., *Le juge d'appui n'est plus le juge du déni de justice arbitrale* », à propos de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de PARIS, 1<sup>ère</sup> chambre, le 24 mai 2016, n°15-23.553, *affaire Garoubé*, Cahiers de l'arbitrage, n°3, p.641.

<sup>452</sup> Article 1505 du Code de procédure civile modifié par l'article 8 du décret n°2019-966 du 18 septembre 2019, version en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2020.

<sup>453</sup> CLAY Th., *L'appui du juge à l'arbitrage*, Paris Journal of Intern Arbitration, Cah. Arb., 2011, n°2, p.331 et s., cité in WEILLER L., *Les recours contre les décisions du juge d'appui*, Rev. arb. 2018, n°1, p.19.

<sup>454</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 mars 2000, Rev. arb. 2000.447, 1<sup>ère</sup> esp., note LACABARATS A.

<sup>455</sup> FONTMICHEL (de) M., *Le juge d'appui n'est plus le juge du déni de justice arbitrale* », à propos de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de PARIS, 1<sup>ère</sup> chambre, le 24 mai 2016, n°15-23.553, *affaire Garoubé*, Cahiers de l'arbitrage, n°3, p.641.

<sup>456</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 13 décembre 2017, pourvoi n°16-22.131 : « *Mais attendu qu'ayant énoncé que, selon l'article 1505, 4°, du code de procédure civile, dans sa rédaction issue du décret du 13 janvier 2011, en matière d'arbitrage international, le juge d'appui de la procédure arbitrale est le président du tribunal de grande instance de Paris lorsque l'une des parties est exposée à un risque de déni de justice, l'arrêt relève que ce texte n'a pas investi le juge d'appui d'une compétence générale pour trancher tous les litiges survenant au cours de la procédure d'arbitrage mais a seulement désigné un juge étatique territorialement compétent afin de pourvoir, à titre supplétif,*

d'appui n'a pas à se substituer au centre d'arbitrage dans l'application de son règlement, à défaut, il commettrait un excès de pouvoirs. Le juge compétent en matière de litige relatif à l'exécution fautive par une institution arbitrale du contrat d'organisation de l'arbitrage est celui qui appartient à une juridiction de droit commun.

**445.** A l'instar de l'arbitrage commercial international, le chef de compétence désignant le juge d'appui français le plus fréquemment mis en œuvre en matière d'arbitrage familial international serait-il celui du siège de l'arbitrage ? Dans une telle hypothèse, cela soulignerait l'attrait du droit français qui serait prioritairement choisi par les parties qui voudraient rattacher leur litige à un ordre juridictionnel étatique dynamique.

**446. Saisine du juge d'appui :** L'article 1460 du Code de procédure civile français, applicable à l'arbitrage international en vertu de l'article 1506 du même Code, énonce que « *le juge d'appui est saisi soit par une partie, soit par le tribunal arbitral ou l'un de ses membres. / La demande est formée, instruite et jugée comme en matière de référé. / Le juge d'appui statue par ordonnance non susceptible de recours. Toutefois, cette ordonnance peut être frappée d'appel lorsque le juge déclare n'y avoir lieu à désignation pour une des causes prévues à l'article 1455.* »

**447. Le triptyque du juge d'appui :** « *spécialité, subsidiarité, célérité* » « *le juge d'appui voit ses attributions encadrées par trois principes (...) : principe de spécialité, de subsidiarité et de célérité<sup>457</sup>* ». Le principe de spécialité est celui en vertu duquel le juge d'appui intervient uniquement dans les cas prévus par les textes. Le principe de subsidiarité permet de ne recourir au juge d'appui qu'à défaut de toute autre solution amiable qui pourrait faire échec à son intervention. Le principe de célérité est posé par l'article 1460 du Code de procédure civile français qui prévoit en son alinéa 2 que « *la demande est formée, instruite et jugée comme en matière de référé.* » Ce sont des principes qui répondent aux exigences de la matière familiale.

**448. L'absence de recours à l'encontre de la décision du juge d'appui : principe et exception :** Le principe de l'absence de recours est énoncé par l'article 1460 alinéa 3 du

---

à la constitution d'un tribunal arbitral en cas de risque de déni de justice ; que, sans méconnaître le droit d'accès au juge garanti par l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la cour d'appel en a exactement déduit qu'en se substituant au centre d'arbitrage dans l'application de son règlement, le juge d'appui avait excédé ses pouvoirs, le litige relatif à l'exécution fautive, par une institution d'arbitrage, du contrat d'organisation de l'arbitrage relevant de la compétence de la juridiction de droit commun ; que le moyen, inopérant en ses deuxième et troisième branches qui critiquent des motifs surabondants, n'est pas fondé pour le surplus »

<sup>457</sup> CHEVALIER P., *Le nouveau juge d'appui*, in *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, CLAY Th. (dir.), Lextension 2011, p.143 et s., cité in WEILLER L., *Les recours contre les décisions du juge d'appui*, Rev. arb. 2018, n°1, p.20.

Code de procédure civile, lequel énonce immédiatement un tempérament. « *L'absence de voie de recours qui dès 1981 a été attachée par principe aux décisions du Président du tribunal confère autorité et renforce la crédibilité du juge d'appui*<sup>458</sup> ». Ainsi, le principe est celui de l'absence de recours. Le juge d'appui intervient dans les formes du référé, rapidement, dans l'objectif de ne pas être ultérieurement contesté. « *Concrètement, la procédure est contradictoire, le juge pouvant être saisi par voie d'assignation ou éventuellement de requête conjointe, mais non de requête unilatérale. Puisque la procédure est contradictoire, la présence des parties à l'arbitrage, lorsque l'initiative de la procédure est le fait de l'une d'entre elle, s'impose évidemment.*<sup>459</sup> » Pour l'arbitrage familial international, le juge d'appui devrait-il être un juge aux affaires familiales ? Serait-ce extrapoler le principe de spécialité qui le gouverne ? Le juge d'appui intervient uniquement en application d'un texte de loi, devrait-il également statuer que s'il est spécialiste de la matière familiale internationale ? Une réponse pragmatique semble positive, la célérité imposée à son intervention sera plus effective si celui-ci n'a pas à appréhender les méandres de la matière familiale internationale préalablement à sa décision.

**449.** Outre les conditions d'intervention, le juge d'appui intervient dans un domaine précis (2).

## **2. Le domaine d'intervention du juge d'appui**

**450. Le juge d'appui, assistant de la procédure arbitrale :** Les missions du juge d'appui sont multiples. Il intervient notamment pour nommer, récuser, révoquer, un arbitre, mais aussi pour proroger des délais, arrêter, suspendre la procédure arbitrale, prononcer des mesures provisoires, conservatoires et d'instruction, faciliter l'exécution des sentences, administrer la preuve, etc.. Supposons qu'un notaire accepte d'être l'arbitre du règlement de la succession internationale qu'il traite dans son office, le juge d'appui, afin d'éviter une affaire *Vasarely bis*, pourrait révoquer l'arbitre, si son intervention était sollicitée à cet effet.

**451. Intervention du juge d'appui pour désigner un arbitre :** En application de l'article 1452 du Code de procédure civile, applicable en matière internationale en vertu de l'article 1506 du même Code, « *en l'absence d'accord des parties sur les modalités de désignation du ou des arbitres : 1. En cas d'arbitrage par un arbitre unique, si les parties ne*

---

<sup>458</sup> CHEVALIER P., *Le nouveau juge d'appui*, in *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, CLAY Th. (dir.), Lextension 2011, p.143 et s., cité in WEILLER L., *Les recours contre les décisions du juge d'appui*, Rev. arb. 2018, n°1, p.23.

<sup>459</sup> WEILLER L., *Les recours contre les décisions du juge d'appui*, Rev. arb. 2018, n°1, p.22.

*s'accordent pas sur le choix de l'arbitre, celui-ci est désigné par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, par le juge d'appui ; 2. En cas d'arbitrage par trois arbitres, chaque partie en choisit un et les deux arbitres ainsi choisis désignent le troisième ; si une partie ne choisit pas d'arbitre dans un délai d'un mois à compter de la réception de la demande qui lui en est faite par l'autre partie ou si les deux arbitres ne s'accordent pas sur le choix du troisième dans un délai d'un mois à compter de l'acceptation de leur désignation, la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, le juge d'appui procède à cette désignation. » Cette intervention du juge d'appui en cas de difficulté pour désigner un arbitre existe également lorsque l'arbitrage oppose plusieurs parties<sup>460</sup>. Le juge d'appui intervient aussi, le cas échéant, dans le cadre de la constitution du tribunal arbitral<sup>461</sup> ou à la suite d'une convention d'arbitrage inapplicable ou nulle<sup>462</sup>. Le juge d'appui est également susceptible d'intervenir en cas de décès d'un arbitre, d'empêchement, de démission, de révocation. Le juge d'appui n'est pas uniquement sollicité au début en cas de difficulté quant à la constitution du tribunal arbitral. Il est aussi compétent ultérieurement, à tout moment, au cours de l'instance arbitrale lorsqu'un problème concerne l'arbitre. En cas de décès de l'arbitre, les parties demeurent liées par la clause d'arbitrage, c'est pourquoi elles doivent désigner un autre arbitre ; en cas de difficulté, le juge d'appui est de nouveau compétent<sup>463</sup>.*

**452.** Si unilatéralement une partie décidait de composer un tribunal arbitral, sans avoir obtenu l'accord de l'autre partie, alors, le tribunal arbitral qui n'aurait pas – à tort – reconnu son incompétence verrait sa sentence annulée en raison de l'irrégularité de la formation du tribunal arbitral.

**453. *Le juge d'appui, le garant de l'impartialité de l'arbitre* :** L'article 1456 du Code de procédure civile dispose que *« le tribunal arbitral est constitué lorsque le ou les arbitres ont accepté la mission qui leur est confiée. A cette date, il est saisi du litige. / Il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son*

---

<sup>460</sup> Article 1453 du Code de procédure civile applicable en matière internationale en vertu de l'article 1506 du même Code : *« lorsque le litige oppose plus de deux parties et que celles-ci ne s'accordent pas sur les modalités de constitution du tribunal arbitral, la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, le juge d'appui, désigne le ou les arbitres. »*

<sup>461</sup> Article 1454 du Code de procédure civile applicable en matière internationale en vertu de l'article 1506 du même Code : *« Tout autre différend lié à la constitution du tribunal arbitral est réglé, faute d'accord des parties, par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, tranché par le juge d'appui. »*

<sup>462</sup> Article 1455 du Code de procédure civile applicable en matière internationale en vertu de l'article 1506 dudit Code : *« Si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable, le juge d'appui déclare n'y avoir lieu à désignation. »*

<sup>463</sup> TGI PARIS (ordonnance réf.), 12 juillet 1989, *Sté la Belle Créole contre Sté The Gemtel Partnership*, Rev. arb. 1990.176 (1<sup>ère</sup> décision), note Ph. KAHN.

*indépendance ou son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission. / En cas de différend sur le maintien de l'arbitre, la difficulté est réglée par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, tranchée par le juge d'appui, saisi dans le mois qui suit la révélation ou la découverte du fait litigieux.* » Ces dispositions sont transposables à l'arbitrage international. Tout comme les dispositions de l'article 1457 du Code de procédure civile qui prévoit l'intervention du juge d'appui en présence d'une difficulté qui empêcherait l'arbitre d'accomplir sa mission jusqu'à son terme<sup>464</sup>.

**454. Le juge d'appui, contrôleur de la procédure arbitrale :** Le juge d'appui veille notamment à l'arbitrabilité du litige, au respect de l'ordre public, au respect des droits de la défense, à la forme de la sentence. En matière d'ordre public, son contrôle concerne le « *caractère flagrant, effectif et concret de la violation de l'ordre public international*<sup>465</sup> », autrement dit évident et manifeste, pour la reconnaissance ou l'exécution de la sentence.

**455. Le juge d'appui français face au déni de justice dans un contexte de mondialisation :** Dans un contexte de mondialisation, l'accès au juge – arbitre ou juge étatique – est fondamental et relève de l'ordre public en matière internationale. Priver un justiciable de l'accès au juge constituerait un déni de justice fondé sur l'impossibilité générale et durable de saisir un juge<sup>466</sup>. Si ce risque augmente avec la mondialisation, les juridictions françaises se

---

<sup>464</sup> Article 1457 du Code de procédure civile, applicable à l'arbitrage international : « *il appartient à l'arbitre de poursuivre sa mission jusqu'au terme de celle-ci à moins qu'il justifie d'un empêchement ou d'une cause légitime d'abstention ou de démission. En cas de différend sur la réalité du motif invoqué, la difficulté est réglée par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, tranchée par le juge d'appui saisi dans le mois qui suit l'empêchement, l'abstention ou la démission.* »

Article 1458 du Code de procédure civile, applicable en matière internationale : « *L'arbitre ne peut être révoqué que du consentement unanime des parties. A défaut d'unanimité, il est procédé conformément aux dispositions du dernier alinéa de l'article 1456.* »

<sup>465</sup> CA PARIS, ch. 1, sect. C, 18 novembre 2004, *SA Thalès air Défense contre GIE EUROMISSILE*, dit arrêt Thalès, *Gaz. Pal.*, 22 octobre 2005, n° 295, p. 5, note Seraglini ; *Rev. Crit. DIP* 2006, p. 104, note Bollée ; *Rev. Lamy de la concurrence* 2005, note Barbier de la Serre ; *JCP (G)* 2005, II, 10038 note Chabot ; *D.* 2005.3058 ; *JDI* 2005, p. 357, note Mourre ; l'illicéité « *qui crève les yeux* » : critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international : à propos de l'arrêt Thalès de la cour d'appel de Paris, *Radicati di Brozolo*, *Rev. arb.* 2005 p. 527, « (...) si la société Thalès dit que le caractère illicite des accords contractuels « *crève les yeux* », cela n'a pas été son cas depuis l'époque de la négociation et de la signature des contrats jusqu'au moment où la sentence finale a été prononcée, pas plus que cela n'a été le cas d'Euromissile ou celui du tribunal arbitral, ni celui enfin de la Cour international d'arbitrage de la CCI dont on sait que, d'après son règlement, les sentences lui sont soumises en projet dans l'objectif de vérifier leur validité (...) la violation de l'ordre public international au sens de l'article 1502-5° du NCPC doit être flagrante, effective et concrète, que le juge de l'annulation peut certes, dans le cadre de ses pouvoirs de nature disciplinaire, porter une appréciation en droit et en fait sur les éléments qui sont dans la sentence déférée à son contrôle, mais pas statuer au fond sur un litige complexe qui n'a jamais encore été ni plaidé, ni jugé devant un arbitre concernant la simple éventualité de l'illicéité de certaines stipulations contractuelles (...) ». Puis, Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 4 juin 2008, arrêt n°680, pourvoi n°06-15.320.

<sup>466</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> février 2005, *Etat d'Israël c. sté National Iranian Oil Company (NIOC)*, n°s 02-15.237 et 01-13.742, *Bull. civ I*, n°53, *Rev. arb.* 2005.693, note MUIR-WATT H., *JCP G*, 2005, I, 134, note BEGUIN J., p.780, TRAIN F.- X., *Ca arb.* Vol. III, 2006, p.66, *D.* 2005.3050, *Rev. crit. DIP*, 2006.140, note CLAY Th, *D.*2005.2727, note HOTTE S., *JCP G*, 2005, II, 10101, note KESSLER G. et *JCP E* 2005.447 note KESSLER G., *RTD com.*,

sont, en parallèle, déclarées compétentes pour éviter une telle situation. Ainsi, le risque d'un déni de justice fonde la compétence du président du tribunal de grande instance de Paris, comme juge d'appui, dès lors qu'il existe un rattachement avec la France, fut-t-il tenu. Le président du tribunal de grande instance de Paris peut alors contribuer à la constitution d'un tribunal arbitral afin que la justice soit rendue.

**456.** « *Le juge d'appui n'est plus le juge du déni de justice arbitrale*<sup>467</sup> » : Lorsqu'une exécution fautive du contrat d'organisation de l'arbitrage est présumée, le juge d'appui ne saurait être compétent sans commettre un excès de pouvoirs. Ces problématiques relèvent, d'après l'affaire *Garoubé*, de la compétence du juge de droit commun. « *Le déni de justice arbitrale constitue un trouble manifestement illicite voire un risque de dommage imminent, rendant recevable l'action devant cette juridiction du provisoire [ie le juge d'appui]. Dans ce cas, n'y aurait-il pas plus de risques à voir cette question tranchée par un juge qui ne connaît pas les spécificités de l'arbitrage alors qu'il existe un juge d'appui précisément indiqué en la matière ?*<sup>468</sup> »

**457.** Il est désormais opportun de s'interroger sur la composition du tribunal arbitral (§2).

---

2005.266, obs. LOQUIN E., SIAR 2005, vol. 2.217, note TATTEVIN G., Gaz. Pal., 28 mai 2005, p.37, note TRAIN F.- X., Rev. crit. DIP 2006, p.140, note CLAY Th. : « *Mais attendu que l'impossibilité pour une partie d'accéder au juge, fût-il arbitral, chargé de statuer sur sa prétention, à l'exclusion de toute juridiction étatique, et d'exercer ainsi un droit qui relève de l'ordre public international consacré par les principes de l'arbitrage international et l'article 6. 1, de la Convention européenne des droits de l'homme, constitue un déni de justice qui fonde la compétence internationale du président du tribunal de grande instance de Paris, dans la mission d'assistance et de coopération du juge étatique à la constitution d'un tribunal arbitral, dès lors qu'il existe un rattachement avec la France ; que l'arrêt attaqué ayant relevé que la société NIOC était, en l'état de la jurisprudence de la Cour suprême de l'Etat d'Israël, dans l'impossibilité de saisir les tribunaux israéliens ou iraniens pour nommer un arbitre à la place de l'Etat d'Israël qui s'y refusait, dès lors que cet Etat avait expressément déclaré ne pas reconnaître leur compétence respective pour y procéder, que cette impossibilité était générale et durable, et, enfin, que le lien avec la France, même s'il était tenu, comme résultant du choix par les parties du président de la CCI de Paris pour une désignation éventuelle d'un troisième arbitre, était le seul dont la société NIOC pouvait utilement se prévaloir pour assurer la réalisation de leur commune volonté de recourir à l'arbitrage, la cour d'appel en a exactement déduit que cet état de fait constituait, pour la société NIOC, un déni de justice justifiant la compétence internationale du juge français ; qu'en jugeant que le président du tribunal de grande instance, en se déclarant incompétent pour statuer, avait méconnu l'étendue de ses pouvoirs et commis ainsi un excès de pouvoir négatif, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ».*

<sup>467</sup> FONTMICHEL (de) M., *Le juge d'appui n'est plus le juge du déni de justice arbitrale* », à propos de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de PARIS, 1<sup>ère</sup> chambre, le 24 mai 2016, n°15-23.553, affaire *Garoubé*, Cahiers de l'arbitrage, n°3, p.641.

<sup>468</sup> FONTMICHEL (de) M., *Le juge d'appui n'est plus le juge du déni de justice arbitrale* », à propos de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de PARIS, 1<sup>ère</sup> chambre, le 24 mai 2016, n°15-23.553, affaire *Garoubé*, Cahiers de l'arbitrage, n°3, p.641.

## § 2. La composition du tribunal

**458.** « *Les tribunaux d'arbitrage sont naturellement une invention de froussards.*<sup>469</sup> »  
« *L'arbitre voit l'équité, le juge ne voit que la loi. L'arbitre n'a d'ailleurs été inventé que pour donner force à l'équité*<sup>470</sup> ».

**459. Un acteur en quête de notoriété face au juge étatique :** « *Singe de juge*<sup>1</sup> », « *juge au rabais*<sup>1</sup> », la place juridique de l'arbitre n'a pas toujours été évidente. L'arbitre est un juge privé, prestataire de service, soutenu par un juge d'appui. Il exerce une mission juridictionnelle. A ce titre, il ne dispose pas de tous les pouvoirs d'un juge, mais sa décision a autorité de la chose jugée. En droit de la famille, deux mots-clefs « impérativité » et « indisponibilité » ont impliqué une mise à l'écart de l'arbitre au profit d'un homme, le juge aux affaires familiales. Le juge aux affaires familiales, juge unique, magistrat du siège du tribunal de grande instance, saisi par simple requête résout les litiges familiaux relatifs au divorce, à l'autorité parentale, aux modalités de l'exercice de l'autorité parentale, aux obligations alimentaires au sein de la famille, aux changements de noms, de prénoms, etc..

**460. Une place nécessairement réservée aux professionnels ? :** Savoir si l'arbitre peut-il ou doit-il être un professionnel ou non relève d'un vaste débat. La majorité des professionnels du droit répondront sans hésitation par l'affirmative. Ils argueront qu'ils suivent une formation continue à cet effet, qu'ils garantissent une sécurité certaine, qu'ils sont assurés en cas de difficulté. En revanche, certains théoriciens du droit soutiendront le contraire. Ils avanceront que l'arbitre professionnel est un écueil pour le développement de l'arbitrage familial international. Ils argumenteront sur le fait que l'arbitre professionnel n'a pas le temps, la problématique unique vécue par la famille comme le drame de leur vie ne sera qu'un dossier parmi une centaine ou un millier d'autres et sera traité sans la considération attendue par la famille. L'arbitre professionnel débordé prorogera inutilement les délais de procédure contrairement à cet atout majeur habituel de l'arbitrage tant attendu alors même qu'il n'y aurait aucun motif pour prolonger la procédure. Cette attente inopportune résulterait simplement du manque de temps pour l'arbitre d'étudier le dossier, de fait, il en aurait une centaine d'autres à traiter avant. Le fait que l'arbitre soit ou non professionnel soulève la question de la rémunération.

**461. Une place à conquérir sur le marché de l'économie familiale :** l'argent reste

---

<sup>469</sup> MANN Th., *La montagne magique*, éd. Fayard, 1977, tome 2, chapitre VI, p.60.

<sup>470</sup> ARISTOTE, *Rhétorique*, Livre I, 1374 b., éd. Les belles lettres, 1932, p.134.



le nerf de la guerre, même en droit international privé de la famille. Que l'arbitre soit professionnel ou non, la question de sa rémunération ne sera pas sans incidence pour les familles. Du point de vue des familles qui s'interrogeront sur l'opportunité d'un arbitrage, le coût de l'arbitre sera une vraie question. En fonction de la rémunération de ce dernier, ils pourront – ou non – recourir à ses services, et ce, que l'arbitre soit professionnel ou non. Il serait envisageable qu'un arbitre non professionnel intervienne gracieusement, mais il serait illusoire de penser qu'il en sera toujours ainsi. Un arbitre professionnel peut avoir une grille d'honoraires tarifée, connue à l'avance et compétitive dans la mesure où la structure est habituée à l'exercice, tout en lui permettant de s'enrichir, une institution d'arbitrage n'est pas une association à but non lucratif. « *Disposer d'une institution arbitrale, de sa compétence professionnelle et de sa structure opérative, implique un coût qui doit logiquement être financé par les utilisateurs. L'idéal pour une institution arbitrale c'est l'autofinancement, ce qui comporte un business plan et la scrupuleuse administration de ses ressources. Les difficultés pouvant arriver dans les cinq premières années, étant donné que le nombre réduit d'arbitrages peut difficilement permettre un tel autofinancement.* »<sup>471</sup>

**462.** La question de la rémunération interpelle nécessairement les familles, mais elle se pose également du côté des professionnels du droit. Serait-ce concevable pour des professionnels – avocats, notaires<sup>472</sup>, arbitres familiaux des arbitrages commerciaux internationaux, etc. – de ne pas investir ce nouveau marché économique qui s'ouvrirait à côté d'eux sans l'intégrer ? Aucun prérequis législatif ou réglementaire n'exige qu'un avocat suive une formation dispensée par les centres d'arbitrages spécialisés et ces derniers sont assurés par le barreau dans le cadre de l'arbitrage. Par conséquent, les avocats ont les connaissances nécessaires, ils n'ont pas besoin d'obtenir un complément de formation ni diplôme spécifique, et sont assurés, aussi, comment imaginer qu'ils ne s'investiraient pas dans ce nouveau marché économique qui s'ouvrirait ? « *Même si la profession d'arbitre n'est pas réglementée, avocats,*

---

<sup>471</sup> ALFONSO J., *L'essor des institutions arbitrales*, Gaz. Pal., n°362, 28 décembre 2013, n°156g2

<sup>472</sup> La Chambre des notaires du Québec est associée à l'Institut Pacifique pour la diffusion et l'implantation de programmes de médiation et de résolution de conflits par les paris destinés aux jeunes des niveaux préscolaire, primaire et secondaire depuis 1997. Les notaires-médiateurs suivent une formation spécifique et seuls les médiateurs familiaux peuvent intervenir sur un différend en matière familiale qui interviendrait « *à titre purement privé ou sans qu'une demande en justice ne soit présentée* ». La Chambre des notaires du Québec rappelle dans des lignes directrices, adoptées en conseil d'administration les 17 et 18 février 2017, transmises aux notaires de sa compagnie dans le cadre de la médiation et de la demande conjointe sur projet d'accord que, « *dans tout dossier, le devoir de conseil du notaire, son impartialité à l'égard des parties, l'absence de conflit d'intérêts, son indépendance professionnelle ainsi que ses autres obligations déontologiques sont des attentes importantes du public* ». Ces qualités du notariat garanties par les instances, ces solutions existantes en matière de médiation, l'organisation du notariat structurée et reproduite de manière équivalentes dans de nombreux pays, sont autant d'arguments que le notariat pourrait utiliser pour justifier sa place dans l'arbitrage familial international.

*notaires et universitaires ont bien évidemment une place centrale à jouer dans l'arbitrage familial.*<sup>473</sup> »

**463.** *A fortiori, lorsqu'il existe déjà un groupe de praticiens qui réfléchit sur la création d'une chambre d'arbitrage et de conciliation spécialisée en droit de la famille. « L'objet sera de fournir aux parties des arbitres et des conciliateurs, en principe avocats et notaires, agissant dans le respect d'un règlement d'arbitrage et de conciliation fixant les procédures propres à ces deux modes de règlement des différends. / Seront ainsi proposés aux intéressés et à leurs conseils, des formules de compromis ou de clauses de conciliation, un secrétariat pour assurer le suivi des procédures, un service d'archivage des sentences ou des avis des conciliateurs, et s'il y a lieu, des formations. / Cette chambre sera indépendante des organismes professionnels. Afin de réunir les compétences de membres des deux professions, et pour affirmer cette complémentarité, elle sera composée à parité de notaires et d'avocats spécialisés dans le droit de la famille.*<sup>474</sup> »

**464.** L'arbitre doit conquérir sa place en droit international privé de la famille, et ce, dès maintenant pour les litiges arbitrables. Les autres litiges actuellement inarbitrables le deviendront probablement en leur temps, rien ne presse néanmoins. Dès lors que cette place sera conquise, le sera-t-elle pour tous, arbitre professionnel et non professionnel ? Objectivement, il semblerait que l'essor de l'arbitrage en matière familiale résulte de l'œuvre des professionnels du droit. Ce sont eux qui le démocratisent, qui le font connaître et qui le pratiquent. Après leurs efforts, une fois devenu fréquent, il n'est pas certain que les professionnels se contentent d'une place d'arbitre « *honoris causa* ». Ils voudront être présents sur ce nouveau marché juridico-économique et il semble bien difficile de pouvoir les écarter. Or, dans le monde professionnel, la philanthropie n'a pas sa place. Son absence lors d'un conflit familial international impliquerait encore et toujours une plus forte privatisation de la famille. Si tout devient business, ô combien l'utopie d'une famille aimante, désintéressée et solidaire serait à regretter. Il semblerait opportun que le débat reste en suspens pour permettre la coexistence des deux afin de profiter des avantages des uns et des autres en fonction des spécificités du litige, et des qualités recherchées par les parties spécifiques à leur différend. En outre, pour illustrer concrètement ces propos, dans l'exemple de la succession internationale de

---

<sup>473</sup> DEVERS A., *L'arbitrage en droit de la famille*, Droit de la famille, Lexisnexis, n°1, janvier 2019, article n°7, paragraphe 1.

<sup>474</sup> DEPONDT A., *Création d'une chambre d'arbitrage et de conciliation spécialisée en droit de la famille*, La Semaine Juridique, Edition Générale, n°15, 13 avril 2015, p. 429, Procédures, Hors-Série, LexisNexis Jurisclasseur, novembre 2015, Etudes n°3, p.9.

soixante millions d'euros, la compétence technique de l'arbitre semblerait être un atout pour rendre la Justice. En revanche, celle-ci ne sera pas toujours autant nécessaire. Les conflits en matière familiale internationale sont fréquemment plus psychologiques que juridiques, aussi, le bon sens de l'arbitre devrait dans la majorité des cas être suffisant.

**465.** Quoiqu'il en soit, l'arbitre doit avoir des qualités (A) qui conditionnent sa désignation (B).

## **A. Les qualités de l'arbitre**

**466.** Les parties sont susceptibles d'exiger différentes qualités de la part de l'arbitre, personne physique ou institution. Au sein d'une institution, certaines qualités seront plus facilement exigibles eu égard aux domaines de compétence, aux spécialités de chacun.

**467. Un arbitre polyglotte :** Au titre de ces exigences, dans un contexte international, la maîtrise d'une langue, de la langue des parties notamment, est souhaitée. Outre, la facilité de compréhension, la maîtrise de la langue des parties évite les erreurs de traduction, la chausse-trappe liée à la polysémie ou aux faux-amis. La maîtrise de la langue des parties n'implique pas cependant que ce dernier possède la même nationalité qu'elles. En effet, tout en maîtrisant la langue des parties, dans un souci de neutralité, il peut être hautement apprécié de recourir à un arbitre qui n'est ni la nationalité, ni la culture, ni l'étiquette politique des parties.

**468. Un arbitre non communautariste<sup>475</sup> :** L'une des plus grandes appréhensions en matière d'arbitrage familial international repose sur le risque de communautarisme. Certains redoutent que l'arbitre applique des principes religieux, politiques, qui contreviendraient aux principes républicains français. Quid d'une autorité parentale conforme à un arbitrage rabbinique, d'une répudiation islamique, exercés en France, république laïque ? Risque de communautarisme religieux certes, mais aussi politique, ou encore de discriminations fondées sur l'orientation sexuelle, l'ethnie, etc.. L'idéal laïc républicain français impliquerait-il une

---

<sup>475</sup> Outre l'idéal laïc républicain français, la défense de la laïcité existe également dans les conventions bilatérales : une réserve d'ordre public est, par exemple, exprimée dans la convention bilatérale réglant les conflits de lois, conclue entre la France et le Maroc du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire . La France a signé de nombreuses conventions bilatérales avec des Etats dont leur droit est fondé sur des préceptes religieux. L'exception d'ordre public énoncée dans ces conventions bilatérales jouerait en la matière un rôle déterminant. En effet, « *l'admission de l'arbitrage international en matière familiale expose, en outre, la justice familiale française à un risque qui ne doit pas être sous-estimé. Il touche à notre idéal laïc.* »

vérification étatique en matière d'arbitrage familial international, quant à la qualité des arbitres et/ou des sentences arbitrales rendues ? Tout en respectant la liberté de culte et les modalités de son exercice, en matière d'arbitrage familiale internationale, l'application de cet idéal laïc républicain français semblerait être le corollaire à la mise en œuvre de l'ordre public en matière internationale.

**469. Un arbitre compréhensif :** L'arbitre, l'institution d'arbitrage, doit comprendre sa mission, le problème juridique source du différend afin de le résoudre efficacement. Les parties sont susceptibles d'attendre de l'arbitre qu'il soit « l'homme de l'art » qui comprend la technicité du litige sans solliciter d'avis extérieur, notamment l'avis d'un expert.

**470. Un arbitre digne de confiance :** La réputation, la compétence, l'intégrité, l'ancienneté ou la proximité des arbitres peuvent rassurer les parties. La confiance s'exerce également au niveau de la confiance dans l'intégrité de l'arbitre, afin d'éviter des risques de malversations et autres abus. En matière familiale, la confiance est fondamentale. A l'image du médecin et du notaire de famille, l'arbitre sera au cœur de l'intimité de la famille, et ce, même si son rôle est limité à des aspects strictement patrimoniaux. A un bien (mobilier ou immobilier) peuvent être attachés des souvenirs, des secrets, générant des différends qui ont des sources plus psychologiques que juridiques. Aussi, la confiance est un des outils qui assurera l'efficacité de l'arbitrage familial international.

**471. Un arbitre discret :** La confidentialité dans l'arbitrage est un des atouts de cette institution<sup>476</sup>. Comme l'instance arbitrale n'est pas publique, il est attendu de la part de l'arbitre cette même discrétion qui permet de préserver le secret des affaires. Les parties, comme l'arbitre, ont une obligation de confidentialité. La discrétion est un atout qui permettra de favoriser le développement de l'arbitrage familial international : les stars ne préfèrent-elles pas un arbitrage discret plutôt qu'un jugement public qui fera la une de tous les journaux ? Cette discrétion permet de préserver la réputation de certaines personnes, elle évite plus simplement que les secrets de famille ne soient publiquement relatés dans un jugement.

**472. Un arbitre impartial et indépendant :** c'est la base de la justice. L'arbitre est impartial puisqu'il est l'homme de la situation, du problème de droit et non le conseil d'une partie au détriment de l'autre. Il est indépendant parce que c'est « l'essence de sa fonction

---

<sup>476</sup> Un atout ou pour une partie de la doctrine un piège. Monsieur Vincent HEUZE dans son article « *arbitrage international, quelle raison à la déraison ?* » redoute que l'arbitre puisse être n'importe qui et qu'il puisse être « (...) l'objet d'habiles manipulations. Il en va d'autant plus ainsi que sa mission se déroule dans la plus grande discrétion (...) cette discrétion de la procédure arbitrale est également propice à l'exercice de pressions sur l'arbitre, qui ne bénéficie d'aucune protection. Sa seule défense réside dans son sens moral et sa force de caractère. Or l'un ou l'autre, voire les deux, peuvent parfois faire défaut.(...) »

juridictionnelle, en ce sens que, d'une part, il accède dès sa désignation au statut de juge, exclusif par nature de tout lien de dépendance notamment avec les parties, et que, d'autre part, les circonstances invoquées pour contester cette indépendance doivent caractériser, par l'existence de liens matériels ou intellectuels, une situation de nature à affecter le jugement de l'arbitre en constituant un risque certain de prévention à l'égard de l'une des parties à l'arbitrage » et que « l'obligation d'information qui pèse sur l'arbitre afin de permettre aux parties d'exercer leur droit de récusation doit s'apprécier au regard à la fois de la notoriété de la situation critiquée et de son incidence raisonnablement prévisible sur le jugement de l'arbitre<sup>477</sup> ». Dans l'hypothèse d'un arbitre *ad hoc* et non institutionnel, l'arbitre désigné par une des parties ne pourrait pas être, par exemple, le futur conjoint d'une des parties qui divorce de telle sorte que le patrimoine que recueillerait cette dernière lui profiterait, ce qui caractériserait aisément l'absence d'indépendance de l'arbitre. En revanche, un arbitre peut déjà avoir arbitré pour l'une des parties si ce dernier en informe l'autre partie. En matière commerciale, des groupes de sociétés ont pu, pour chaque difficulté, saisir le même arbitre trente-quatre fois et cinquante-et-une fois<sup>478</sup>.

**473. Indépendance, impartialité et obligation de révélation :** Ces qualités sont indispensables au bon déroulement de l'arbitrage et sont codifiées à l'article 1456 du Code de procédure civile français, applicable en matière internationale conformément aux dispositions de l'article 1506 du même Code, lequel dispose que « *Le tribunal arbitral est constitué lorsque le ou les arbitres ont accepté la mission qui leur est confiée. A cette date, il est saisi du litige./Il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission. / En cas de différend sur le maintien de l'arbitre, la difficulté est réglée par la personne*

---

<sup>477</sup> CA de PARIS, 9 avril 1992, *Annahold BV et D.Frydman contre L'Oréal*.

<sup>478</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 20 octobre 2010, arrêts Marcel Batard contre Société Prodim et Société Somoclest contre Société DV Construction.

Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 3 octobre 2019, pourvoi n°18-15.756, non publié au bulletin : « (...) Mais attendu d'abord, que la cour d'appel a exactement décidé que si l'existence d'un contrat exécuté en 2010 par le cabinet H & M pour la Volkswagen Bank devait être regardée comme notoire du fait de sa publication avant le début de l'arbitrage dans un annuaire professionnel connu de tous les cabinets d'avocats d'affaires allemands, en revanche, AVME n'était pas tenue de poursuivre ses recherches après le début des opérations d'arbitrage et il incombait à l'arbitre d'informer les parties de toutes circonstances susceptibles d'affecter son indépendance ou son impartialité survenant après l'acceptation de sa mission. Attendu, ensuite, que l'arrêt relève que la mission confiée pendant l'arbitrage par la société Porsche au cabinet H & M, revêtait une incontestable importance aux yeux de ce dernier, pour figurer, comme suffisamment notable, au titre de sa communication, dans le « top 5 » en 2014 et 2015 de ses dossiers les plus remarquables ; que par ces énonciations, qui procèdent de son pouvoir souverain d'appréciation, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à des recherches de ces constatations rendaient inopérantes, a légalement justifié sa décision sur l'existence d'un doute raisonnable quant à l'indépendance et l'impartialité de . Q. (...) ».

*chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, tranchée par le juge d'appui, saisi dans le mois qui suit la révélation ou la découverte du fait litigieux.* » Le contenu de l'obligation de révélation est très vaste. Pour l'arbitre, il est préférable de révéler des faits qui peuvent lui sembler anodins plutôt que de prendre le risque de voir ultérieurement sa sentence annulée parce qu'il ne l'aurait pas fait en son temps et que son indépendance serait ainsi remise en cause. En matière d'arbitrage commercial international, plusieurs affaires ont concerné des arbitres qui n'avaient pas révélé avoir été d'anciens collaborateurs d'un cabinet d'avocat conseil d'une des parties, être l'administrateur d'une société dont un des actionnaires était aussi un actionnaire indirect de l'une des parties, etc., ces jurisprudences sont transposables à la matière familiale dans l'hypothèse où, par exemple, un arbitre aurait été un ancien collègue d'un cousin d'une des parties.

**474. Des qualités applicables à l'arbitrage *ad hoc* et institutionnel :** ces qualités de l'arbitre s'exercent dans le cadre d'un arbitrage *ad hoc* comme institutionnel. L'arbitrage *ad hoc* a l'avantage de la souplesse, il est plus adapté aux circonstances de l'espèce, c'est du sur-mesure s'il existe un minimum de dialogue et d'entente entre les parties. En revanche, il est plus difficile à connaître et dispose de moins de contrôle. L'arbitrage *ad hoc* est celui qui est entièrement organisé par les parties (désignation des arbitres, conditions de déroulement de la procédure) alors que l'arbitrage institutionnel est celui qui est organisé par une chambre d'arbitrage. Généralement la chambre d'arbitrage désigne le tribunal arbitral (par la désignation du président du tribunal arbitral), puis le déroulement de la procédure s'effectue selon un cadre préétabli.

**475. Vers un arbitre dématérialisé ?** Comme il a été indiqué, l'arbitre fait référence à l'arbitre personne physique et à l'institution d'arbitrage, au centre d'arbitrage, mais l'avenir sera-t-il également représenté par l'arbitre dématérialisé ? L'arbitre en ligne, à distance, en visioconférence, le robot-arbitre où l'intelligence artificielle remplacerait l'arbitre humain dans la mesure où les algorithmes peuvent être « auto-apprenants » ? Comment les conflits en droit de la famille qui touchent les personnes au plus profond d'elles-mêmes pourraient-ils être froidement tranchés par un robot-arbitre ? Serait-il acceptable de déshumaniser le droit de la famille international alors que c'est précisément dans l'épreuve du conflit que les intéressés ont le plus besoin d'un réconfort humanisant et que l'humanité constitue l'essence de la matière ? Serait-il acceptable d'élaborer une solution juridique afin de résoudre un conflit familial international comme une recette de cuisine ? Dans cette hypothèse, il n'y aurait plus qu'à espérer que le chef soit étoilé. Plus concrètement, il semblerait opportun, *a minima*, de transposer à l'arbitrage familial international la décision du Conseil constitutionnel du 12 juin

2018<sup>479</sup> prise dans le cadre des décisions administratives. Combien de fois le praticien du droit, aussi pointu techniquement soit-il, ne fait pas du droit pour résoudre un conflit ? Combien de fois pour arriver à ses fins a-t-il recours à la psychologie, à l'économie, au bon sens et à tant d'autres matières ? Combien de fois le praticien du droit - brillant, intelligent, talentueux sans aucun doute - ne s'est-il pas fié à son ressenti, à son intime conviction, à sa conscience ? Comment les algorithmes pourraient-ils en faire autant ? Les algorithmes ne peuvent pas se mettre dans les mocassins d'autrui pour le comprendre ; s'ils peuvent faciliter le travail de l'homme arbitre, ils ne peuvent pas le remplacer. En parallèle des algorithmes, comment gérer l'émergence de start-up qui prôneraient un arbitrage familial international éclair en ligne, qui formaliseraient le litige en ligne, permettraient de prendre connaissance des arguments de l'adversaire, de visualiser l'historique du contentieux, qui surligneraient les points de désaccord pour que les parties ne puissent se focaliser que sur ceux-ci et qui les interpelleraient sur la nécessité de prendre du recul et d'assumer une responsabilité partagée ?

**476.** Des inquiétudes qui seront appréhendées par les parties, conformément à leur volonté, puisque cette dernière est à l'origine de la désignation de l'arbitre (B).

---

<sup>479</sup> Conseil constitutionnel, décision n°2018-765 DC, du 12 juin 2018, paragraphes 69 à 71 <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2018/2018765DC.htm> version consultable au 28 août 2019. Le Conseil constitutionnel indique « (...) en premier lieu, ces dispositions se bornent à autoriser l'administration à procéder à l'appréciation individuelle de la situation de l'administré, par le seul truchement d'un algorithme, en fonction des règles et critères définis à l'avance par le responsable du traitement. Elles n'ont ni pour objet ni pour effet d'autoriser l'administration à adopter les décisions sans base légale, ni à appliquer d'autres règles que celles du droit en vigueur. Il n'en résulte dès lors aucun abandon de compétence du pouvoir réglementaire. En deuxième lieu, le recours à un algorithme pour fonder une décision administrative individuelle est subordonnée au respect de trois conditions. D'une part, conformément à l'article L.311-3-1 du Code des relations entre le public et l'administration, la décision administrative individuelle doit mentionner explicitement qu'elle a été adoptée sur le fondement d'un algorithme et les principales caractéristiques de mise en œuvre de ce dernier doivent être communiquées à la personne intéressée, à sa demande. Il en résulte que, lorsque les principes de fonctionnement d'un algorithme ne peuvent être communiqués sans porter atteinte à l'un des secrets ou intérêts énoncés au 2° de l'article L.311-5 du Code des relations entre le public et l'administration, aucune décision individuelle ne peut être prise sur le fondement exclusif de cet algorithme. D'autre part, la décision administrative individuelle doit pouvoir faire l'objet de recours administratifs, conformément au chapitre premier du titre premier du livre quatrième du Code des relations entre le public et l'administration. L'administration sollicitée à l'occasion de ces recours est alors tenue de se prononcer sans pouvoir se fonder exclusivement sur l'algorithme. La décision administrative est en outre, en cas de recours contentieux, placée sous le contrôle du juge, qui est susceptible d'exiger de l'administration la communication des caractéristiques de l'algorithme. Enfin, le recours exclusif à un algorithme est exclu si ce traitement porte sur l'une des données sensibles mentionnées au paragraphe I de l'article 8 de la loi du 6 janvier 1978, c'est-à-dire des données à caractère personnel « qui révèlent la prétendue origine raciale ou l'origine ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques ou l'appartenance syndicale d'une personne physique », des données génétiques, des données biométriques, des données de santé ou des données relatives à la vie sexuelle ou l'orientation sexuelle d'une personne physique. En dernier lieu, le responsable du traitement doit s'assurer de la maîtrise du traitement algorithmique et de ses évolutions afin de pouvoir expliquer, en détail et sous une forme intelligible, à la personne concernée la manière dont le traitement a été mis en œuvre à son égard. Il en résulte que ne peuvent être utilisés, comme fondement exclusif d'une décision administrative individuelle, des algorithmes susceptibles de réviser eux-mêmes les règles qu'ils appliquent, sans le contrôle et la validation du responsable du traitement. (...) »

## B. Les modalités de désignation de l'arbitre

**477. Principe :** La volonté des parties est une des clefs de voûte de l'arbitrage. Ainsi, le mode habituel de désignation de l'arbitre est celui de la désignation de l'arbitre par les parties : soit les parties désignent elles-mêmes l'arbitre, soit elles participent à la désignation de celui-ci.

**478. Combien d'arbitres ? :** Est-ce qu'il faut envisager un arbitre unique à l'instar du juge aux affaires familiales, chef d'orchestre du contentieux familial ? Est-ce que chaque partie doit nommer un arbitre et éventuellement prévoir, pour départager les voix, la désignation d'un sur-arbitre par la partie défenderesse, comme par exemple la loi du Yukon ? Faudrait-il désigner un suppléant en cas de défaillance de l'arbitre initialement choisi, en cas de décès, d'incapacité, de renonciation de l'arbitre prévu aux termes du testament ou d'un autre support ? L'article 1453 du code de procédure civile français dispose que « *le tribunal arbitral est constitué d'un seul arbitre ou de plusieurs en nombre impair* ». Auparavant, il avait été prévu que chaque partie désigne un arbitre et que ces derniers nomment un troisième arbitre qui jugeait seul le litige. Il a été reproché à ce mécanisme de retarder la procédure et de favoriser les manœuvres dilatoires.

**479. Exception :** En cas de difficulté, en application de l'article 1505 du Code de procédure civile français, les parties peuvent s'adresser au président du tribunal judiciaire de Paris afin qu'il désigne un juge d'appui.

**480. Le droit belge :** L'article 1684 du Code judiciaire dispose que « *les parties peuvent convenir du nombre d'arbitres pourvu qu'il soit impair. Il peut y avoir un arbitre unique. / Si les parties ont prévu un nombre pair d'arbitres, il est procédé à la nomination d'un arbitre supplémentaire. / A défaut d'accord entre les parties sur le nombre d'arbitres, le tribunal arbitral est composé de trois arbitres.* »

**481. Le droit suisse :** L'article 358 du Code de procédure civile dispose que « *les parties peuvent convenir librement du nombre d'arbitres. A défaut de convention, les parties sont au nombre de trois. Lorsque les parties sont convenues d'un nombre pair d'arbitres, il est présumé qu'un arbitre supplémentaire doit être désigné en qualité de président.* »

**482. Récusation de l'arbitre ?** Est-ce qu'une fois désigné, les parties pourraient récuser l'arbitre ? d'office ou non ? s'il s'agit d'un arbitrage *ad hoc*, est-ce que l'institution d'arbitrage pourrait remplacer d'office un arbitre sans respecter le principe du contradictoire ni donner de motifs à sa décision dans la mesure où l'institution d'arbitrage exerce un pouvoir



juridictionnel ? En matière d'arbitrage international commercial, la Cour de cassation a estimé que cela était possible<sup>480</sup>. Est-ce qu'un tel pouvoir en matière familiale est souhaitable en sachant qu'aucune voie de recours ne serait ouverte contre cette décision puisqu'il ne s'agit pas d'une sentence mais d'une mesure d'organisation ? Si l'arbitrage des droits indisponibles se généralisait, il ne faut pas omettre que le choix de l'arbitre serait extrêmement sensible vu les matières qui seraient abordées, aussi, accorder plus d'importance à l'institution qu'au choix des parties ne serait-ce pas donner l'illusion d'une liberté et d'une autonomie dont les familles ne disposeraient pas réellement ? Inversement, ne serait-ce pas une garantie de la sécurité juridique arbitrale afin de s'assurer que la sentence arbitrale ne sera pas annulée si l'affaire est portée devant un juge qui constaterait que la sentence a été rendue à la suite du maintien d'un arbitre récusé par une partie et dépendant de l'autre ?

**483.** Dès lors que le tribunal arbitral est constitué, l'instance arbitrale peut commencer (Section II).

## **Section II -l'instance arbitrale**

**484.** Le déroulement de l'instance (§1) implique l'application de règles de droit spécifiques (§2).

### **§ 1. Le *vademecum* de l'instance**

**485.** Le temps de l'instance (A) dans le temps (B). Le temps de l'instance, c'est le moment de l'instance ; c'est un temps d'échange où les points clefs surgissent et s'organisent. L'instance est chronophage : les parties subissent l'écoulement du temps qui leur échappe. Si l'arbitrage se veut être une procédure rapide, la pratique révèle que, dans certains cas, plusieurs mois sont nécessaires avant que la sentence arbitrale ne puisse être rendue.

---

<sup>480</sup> Cass., civ. 2<sup>ème</sup>, 7 octobre 1987, *Société Opinter France c/ S.A.R.L. Dacomex*, n°85-11.855 ; Rev. arb. 1987, p.479, note MEZGER E., « mais attendu que l'arrêt énonce à bon droit que la décision de récusation rendue le 20 octobre 1982 par la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, laquelle avait seulement été chargée d'organiser l'arbitrage et ne remplissait pas une fonction juridictionnelle, ne peut être qualifiée de sentence arbitrale ; et attendu que l'arrêt relève que le Règlement intérieur de la Cour d'arbitrage, auquel les parties étaient convenues de se soumettre, dispose, en son article 16, que les motifs de la décision rendue sur la demande de récusation d'un arbitre ne sont pas communiqués ».

## A. Le temps de l'instance

### 486. Quelques particularités de l'instance :

487. *Le siège de l'arbitrage* : « le siège de l'arbitrage est une notion purement juridique [...] et non une notion matérielle dépendant du lieu où l'audience a été tenue ou du lieu de signature de la sentence, susceptible de varier au gré de la fantaisie ou de la maladresse des arbitres.<sup>481</sup> » L'arbitrage se déroule généralement dans un palais de justice. Quoiqu'il en soit, pour se tenir, d'un point de vue pragmatique, il est nécessaire d'avoir accès à une salle de réunion pour les audiences, les auditions de témoins, les plaidoiries et autres opérations matérielles nécessaires. Ces événements peuvent être tenus dans un autre lieu que le lieu du siège de l'arbitrage. Il en est de même pour la sentence arbitrale qui tout en étant matériellement rendue à un autre endroit, sera tout de même attachée au lieu du siège de l'arbitrage d'un point de vue juridique.

488. La détermination du siège de l'arbitrage est tout sauf anodin. Les conséquences juridiques qui en découlent peuvent être extrêmement importantes dans la mesure où le siège de l'arbitrage est un élément de l'internationalité du litige dans certaines législations. En outre, de la détermination du siège de l'arbitrage découlent notamment l'accès aux tribunaux étatiques, la compétence des juridictions étatiques susceptibles d'être saisies en cas de recours en annulation, l'appréciation de la condition de réciprocité le cas échéant pour l'application des conventions relatives à la reconnaissance et à l'exécution des sentences.

489. La détermination du siège de l'arbitrage est une des clefs de voûte de celui-ci. eu égard aux enjeux qui en découlent. Il est généralement délocalisé par rapport aux lieux de résidence habituelle des parties. Cette délocalisation contribue dans les esprits à distinguer l'arbitre indépendant et le juge du siège national du lieu où il siège, ce qui confère l'illusion de l'arbitre juge supra-étatique. Cette neutralité du siège de l'arbitrage est perçue comme un atout eu égard aux risques de *forum shopping*.

490. *La langue de l'arbitrage* : La langue de l'arbitrage est choisie par les parties. Il s'agit généralement de la langue commune aux parties et aux conseils, ce qui évite l'obtention de traduction. Toutefois, la langue de l'arbitrage peut aussi être choisie pour sa neutralité, c'est-à-dire être une langue « tiers » aux parties. Par exemple, un couple franco-allemand pourrait choisir l'anglais comme langue commune dans le cadre de leur procédure d'arbitrage. Cette langue de l'arbitrage concerne, à l'écrit, les actes de procédure et les écrits soumis à l'arbitre, à

---

<sup>481</sup> Cour d'appel de Paris, 28 octobre 1997, Rev. arb. 1998.399, note LEURENT B.

l'oral, les échanges avant et pendant l'audience.

**491. Détermination de l'assistance et de la représentation des parties :** Les parties peuvent défendre elles-mêmes leur cause. Elles ne sont pas obligées d'être assistées. En cas d'assistance, elles ne sont pas obligées de solliciter un avocat, même si certains pays peuvent exiger un pouvoir spécial.

**492.** Le déroulement de l'instance prend du temps (B).

## **B. L'instance dans le temps**

**493.** Dans le temps, l'instance a un délai variable d'un dossier à un autre. Néanmoins, des délais sont communs à toutes les instances, et peuvent se retrouver, notamment prorogés par des mesures provisoires, conservatoires, d'instruction. Quelles que soient ses prorogations, elle est toujours sans appel.

**494. Délais de l'instance :** A défaut de contrainte temporelle légale, les parties sont libres d'en définir. Fixer la limite maximale de l'instance n'est pas sans problématiques. Certains conflits se dénouent dans le temps (très long temps), d'autres au contraire ont besoin d'une solution extrêmement rapide. La résolution d'un conflit sur la résidence alternée des enfants mineurs qui s'éterniserait dans le temps n'aurait aucun sens, si les enfants ont le temps de devenir majeurs avant qu'une solution ne soit trouvée, l'arbitrage n'aurait aucun intérêt. Or, la rapidité est un atout de l'arbitrage. Une force qui n'aura peut-être pas tout l'écho nécessaire en droit de la famille où certains conflits ne s'apaisent qu'avec l'écoulement pacifiant du temps qui permet d'atténuer les blessures sémantiques ou physiques. Outre cette incidence psychologique du temps, l'impact est aussi – et surtout – juridique. Si les parties avaient convenu d'un délai non respectable, non respecté, la sentence qui serait rendue hors délai serait susceptible d'être annulée. L'arbitre qui serait conscient qu'il ne peut pas respecter le calendrier qui lui a été imposé ne pourrait pas décider de proroger les délais. Cette initiative ne peut être prise que par les parties ou alors par un juge d'appui qui lui dispose de cette prérogative, conformément aux dispositions de l'article 1463 alinéa 2 du Code de procédure civile français. Dans le cadre d'un arbitrage institutionnel, si un règlement d'arbitrage a été élaboré, le centre d'arbitrage peut être habilité à proroger le délai, comme c'est par exemple le cas aux termes de

l'article 31.2 du règlement de la Chambre de commerce internationale<sup>482</sup>. Fort heureusement, la jurisprudence n'annule pas une sentence hors délai sur le simple motif de l'écoulement du temps sans avoir pris en considération l'attitude des parties. Dès lors que les parties sont impliquées dans l'instance, le dépassement du délai ne peut pas être invoqué ultérieurement, la prorogation s'effectue tacitement<sup>483</sup>.

**495. Déroulement théorique d'une instance :** Un aperçu théorique du déroulement d'une instance arbitrale peut masquer une réalité bien plus complexe. Il serait très aisé d'imaginer, eu égard aux rancœurs familiales en présence, que la procédure soit bien plus sinueuse dans un esprit de vengeance. Si l'une des parties souhaite porter préjudice à l'autre, elle commencera par contester l'existence de la clause compromissoire, devant l'arbitre, devant le centre d'arbitrage ou devant le juge étatique. La décision rendue à ce sujet pourra alors être contestée. A défaut, ou après résolution de cette contestation, il serait possible de contester la constitution du tribunal arbitral, soit sur le nombre d'arbitres, les modalités de sa ou de leur désignation, une récusation devant le centre d'arbitrage et/ou devant le juge étatique. Il est également possible de demander des mesures provisoires ou conservatoires ; ces dernières peuvent être pertinentes, mais certaines pourraient être demandées pour complexifier la procédure. Une autre façon de perturber l'instance est de manifester un certain zèle en communiquant de très nombreuses pièces qui devront être analysées par l'arbitre sans que celles-ci ne soient pertinentes, d'échanger plusieurs mémoires, d'établir de nombreuses

---

<sup>482</sup> Article 31 de la Chambre de commerce internationale, version février 2017 : « *délai dans lequel la sentence arbitrale finale doit être rendue : 1. Le tribunal arbitral rend sa sentence finale dans un délai de six mois. Ce délai court soit du jour où la dernière signature du tribunal arbitral ou des parties a été apposée sur l'acte de mission, soit dans le cas visé à l'article 23, paragraphe 3, à compter de la date de notification au tribunal arbitral par le Secrétariat de l'approbation de l'acte de mission par la Cour. La Cour peut fixer un délai différent en fonction du calendrier de la procédure établi conformément à l'article 24, paragraphe 2. / 2. La Cour peut, sur demande motivée au tribunal arbitral ou au besoin, prolonger ce délai, si elle l'estime nécessaire.* »

<sup>483</sup> Voir notamment Cass., civ. 2<sup>ème</sup>, 11 mai 2000, Rev. arb. 2000.635, note E. TAY PAMART.

CA de PARIS, 10 décembre 2009, Rev. arb. 2010.329, note DUPREY P. ;

Cass., civ. 2<sup>ème</sup>, 8 mars 2001, 18 oct. 2001 et 4 avril 2002, CA de PARIS, 17 janv. 2002, Rev. arb. 2002.899, note BETTO J.- G. ;

Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 6 juillet 2005, Rev. arb. 2006.429, note PIC P. : règle de l'*Estoppel* : « (...) mais attendu que l'arrêt, sans encourir le grief de dénaturation, a justement décidé que M. X, qui a lui-même formé la demande d'arbitrage devant le Tribunal des différends irano-américains et qui a participé sans aucune réserve pendant plus de neuf ans à la procédure arbitrale, est irrecevable, en vertu de la règle de l'*estoppel*, à soutenir, par un moyen contraire, que cette juridiction aurait statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle, faute de convention qui lui soit applicable ; que le moyen, qui est nouveau en sa quatrième branche, qui manque en fait en sa première et qui est inopérant en ses autres branches, ne peut être accueilli ; par ces motifs, rejette le pourvoi (...) » : la règle de l'*estoppel* se rapproche, pour le droit de *common law*, à la notion de bonne foi dans l'exécution des obligations contractuelles mais aussi du principe de loyauté des débats, des théories d'abus de droit. Il résulte notamment de cette règle qu'une partie ne peut pas plaider le contraire de ce qu'elle défendait jusqu'alors pour nuire à autrui. La règle de l'*estoppel* est régulièrement évoquée comme « *le principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui* ».

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 septembre 2013, JCP 2013. 1098, note MOURALIS D., Procédures nov. 2013.310, obs. WEILLER L., Rev. arb., 2014, note DEBOURG Cl.

argumentations et contestations, de discuter sur les moindres détails sans rien vouloir laisser au hasard, de réclamer de nombreuses expertises, interventions de consultants, des traducteurs, des audiences de témoins à répétition, etc., ouvrant ainsi le risque de se focaliser sur un point et d'omettre l'essentiel. Dans le cadre d'un divorce, la personne à qui les enfants ont été confiés et qui ne voudrait pas que ce point soit remis en question pourrait détourner le débat en contestant la valeur immobilière d'un bien et solliciter différents experts, l'un pour évaluer le bien, l'autre pour apprécier la qualité des travaux qui ont été effectués, un conseiller en patrimoine pour se rassurer, un autre expert pour établir une contre-expertise voir un troisième pour faire une moyenne, chacun devra selon son calendrier se déplacer, rendre un rapport, qui devra être étudié par les parties, par l'arbitre etc. et le temps s'écoule, le dossier n'avance pas, les acteurs se découragent, un cercle vicieux qui peut se clôturer par un recours en annulation de la sentence lorsque celle-ci aura enfin été rendue. Même en arbitrage commercial international certaines affaires ont connu des délais extrêmement longs<sup>484</sup>, alors que les parties sont centrées sur le business, où le temps c'est de l'argent, où tout est censé aller vite pour saisir d'autres opportunités et rechercher toujours plus de profit, alors, combien en droit de la famille où les sentiments s'entremêlent, où les enjeux financiers peuvent être relégués au second plan, ces risques d'enlisement ne sont-ils pas encore plus possibles ?

**496.** Une procédure interminable serait-elle un frein au développement de l'arbitrage international familial ? Rien n'est moins sûr. En effet, si l'organisation judiciaire étatique semble être le garant du professionnalisme, du sérieux, de l'impartialité, l'arbitrage international est souple, il s'adapte sans cesse aux nouveaux besoins, il crée de nouvelles pratiques. L'arbitrage international n'est pas univoque, il jongle sans cesse entre l'affrontement et la pacification, entre la rapidité et le pointillisme rigoureux nécessaires pour étudier tout dossier. L'arbitrage international est une institution pédagogique flexible qui permet de s'adapter au pluralisme actuel qui régit le droit de la famille.

**497. Suspension du temps : mesures provisoires, conservatoires et mesures d'instruction :** L'instance peut être prolongée à cause du comportement des parties ou alors dans un souci de protection de celles-ci. Dans cette hypothèse, cette prolongation est à

---

<sup>484</sup> Comme par exemple l'affaire du Plateau des Pyramides qui s'est écoulée sur une vingtaine d'années, voir notamment, RAMBAUD P., *L'affaire « des pyramides »*, arrêt du 12 juillet 1984 de la Cour d'Appel de Paris, Annuaire français de Droit international, volume 31, 1985, p.508-520, CA de PARIS, 12 juillet 1984, *République arabe d'Egypte c. Southern Pacific Properties Ltd*, 1985, , 112, Clunet 129, note GOLDMAN B., Rev. arb. 75 et BOULANGER Ph., *état, politique et arbitrage, l'affaire du plateau des pyramides*, 1986, Rev. arb. 3, Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 6 janvier 1987, L<sup>n</sup>84-17.274, Bull.1987, I, n<sup>o</sup>2, p.1, RAMBAUD P., *L'affaire « des pyramides » : suite et fin*, Annuaire français de Droit international, volume 39, 1993, p.567-576, LANKARINI EL-ZEIN L, *Quelques remarques sur la sentence SPP C. la République arabe d'Egypte*, Revue belge de droit international 1994/2, éd. Bruylant, Bruxelles, p.533-558.

l'initiative de l'arbitre qui, au regard des conditions, estime, qu'il est impératif de prendre des mesures provisoires ou conservatoires. Il peut même l'ordonner « *au besoin à peine d'astreinte*<sup>485</sup> ». « *Le texte laisse donc à l'arbitre une large marge de manœuvre et lui offre la pression exercée par l'astreinte. En matière de succession l'arbitre pourrait ainsi ordonner l'apposition de scellés sur les biens du défunt, comme il pourrait décider de placer des biens appartenant aux époux sous séquestre. Est-il concevable d'aller au-delà lorsque le différend a une connotation plus personnelle ?*<sup>486</sup> »

**498.** L'arbitre pourrait-il ainsi ordonner une mesure destinée à protéger un conjoint susceptible d'être condamné à mort, flagellé ou lapidé, pour avoir commis un adultère ou en raison de son orientation sexuelle ? Pourrait-il également ordonner des mesures pour protéger un enfant dans le cadre d'un enlèvement international ? Plus généralement, pourrait-il ordonner toutes les mesures provisoires et conservatoires qui concerneraient des libertés individuelles, des différends intimement personnels ? S'il est indéniable que ces mesures peuvent être indispensables, doivent-elles dépendre du domaine de compétence de l'arbitre ou du juge étatique ? Tout dépend de l'emprise de la volonté dans la politique gouvernementale, ainsi, il n'est pas exclu qu'elles puissent être, un jour, ordonnées par un arbitre. Si le législateur français venait à donner, en matière internationale, tous les pouvoirs à l'arbitre, dans tous les domaines, même en droit extrapatrimonial de la famille, même sur des biens indisponibles, même sur *l'imperium* réservé au juge étatique, alors, l'arbitrage familial international établi par la loi française irait plus loin que les autres législations. Même les pays les plus favorables en matière d'arbitrage ne vont pas si loin et posent des limites, tout en étant des modèles en leur domaine. Si de telles limites étaient franchies, cela serait alors bien regrettable.

**499.** En revanche, il est opportun que l'arbitre puisse ordonner des mesures provisoires, conservatoires, dans le champ d'application du droit patrimonial de la famille, comme, par exemple, l'établissement d'un inventaire à titre conservatoire, l'apposition de scellés pour se préserver du recel, le paiement d'un fournisseur nécessaire au fonctionnement de la société du défunt, etc..

**500.** Les alinéas un et deux de l'article 1467 du Code de procédure civile français,

---

<sup>485</sup> Article 1468 du Code de procédure civile français, applicable en matière internationale en vertu de l'article 1506 du même code : « *le tribunal arbitral peut ordonner aux parties, dans les conditions qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune. Toutefois, la juridiction de l'État est seule compétente pour ordonner des saisies conservatoires et sûretés judiciaires. / Le tribunal arbitral peut modifier ou compléter la mesure provisoire ou conservatoire qu'il a ordonnée.* »

<sup>486</sup> FARGE M., *L'arbitrage et le contentieux familial international : deux mondes qui pourraient se rapprocher ?*, in Mélanges offerts à Geneviève PIGNARRE, un droit en perpétuel mouvement, LGDJ, 2018,, p.342-343.

applicables à la matière internationale d'après les dispositions de l'article 1506 du même Code disposent que « (...) *le tribunal arbitral procède aux actes d'instruction nécessaires à moins que les parties ne l'autorisent à commettre l'un de ses membres. / Le tribunal arbitral peut entendre toute personne. Cette audition a lieu sans prestation de serment. (...)* » Toutefois, certaines mesures d'instruction en matière familiale relèvent légalement, en application du Code civil français, exclusivement de la compétence du juge<sup>487</sup>, ce qui peut augmenter le temps de l'instance.

**501. L'absence d'appel, nonobstant toute volonté contraire des parties : l'arrêt *Société Chefaro International BV*<sup>488</sup> :** La sentence arbitrale est sans appel, elle tranche le litige définitivement. Dans l'arrêt *Société Chefaro International BV*, les parties étaient convenues d'une clause qui ouvrait un recours contre la sentence arbitrale. L'ancien article 1504 du Code de procédure civile disposait que « *la sentence arbitrale rendue en France en matière d'arbitrage international peut faire l'objet d'un recours en annulation dans les cas prévus à l'article 1502. / L'ordonnance qui accorde l'exécution de cette sentence n'est susceptible d'aucun recours. Toutefois, le recours en annulation emporte de plein droit, dans les limites de la saisine de la cour, recours contre l'ordonnance du juge de l'exécution ou dessaisissement de ce juge* ». Désormais, l'article 1503 dispose que « *la sentence arbitrale n'est susceptible d'opposition et de pourvoi en cassation* ». Ces dispositions sont applicables à l'arbitrage en matière internationale conformément aux dispositions de l'article 1506 du même code et surtout elles sont impératives. Par définition, il n'est donc pas possible d'y déroger conventionnellement. En l'espèce, les parties l'ont pourtant fait et c'était une condition essentielle qui déterminait leur choix en faveur de l'arbitrage. Elles n'envisageaient un arbitrage que si et seulement si une voie de recours existait. La suprématie de la loi impérative l'emporte fort logiquement sur la volonté des parties, même si ces dernières ont pu s'en étonner. La sanction en la matière est classique, il s'agit de la nullité. Nullité de la clause ou nullité de la convention ? La Cour de cassation affirme « *qu'ayant exactement qualifié l'arbitrage international, la Cour d'appel, à bon droit et sans violer le principe de la contradiction, a décidé que, dès lors que les parties étaient convenues de soumettre leur litige aux arbitres, seul*

---

<sup>487</sup> Article 16-11 alinéa 2 du Code civil : « *l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ne peut être recherchée que : 1° dans le cadre de mesures d'enquête ou d'instruction diligentées lors d'une procédure judiciaire (...). En matière civile, cette identification ne peut être recherchée qu'en exécution d'une mesure d'instruction ordonnée par le juge saisi d'une action tendant soit à l'établissement ou la contestation d'un lien de filiation, soit à l'obtention ou la suppression de subsides. (...)* ».

<sup>488</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 13 mars 2007, arrêt *Société Chefaro International BV*, pourvoi n°04-10.970, Bull. 2007, I, n°102, P : D. 2007. AJ 949, obs. Delpech, *ibid.* 2008. Pan. 183, obs. Clay; JCP 2007. Actu. 135, obs. Ortscheidt; LPA 26 sept. 2007, p.9, note Ben-Reguiga ; Rev. arb. 2007.500, note Jaeger; Rev. Crit. DIP 2007.455, note Bureau.

leur accord prévoyant la faculté d'appel de la sentence était réputé non écrit, la convention d'arbitrage international elle-même n'étant pas, du fait de son autonomie, entachée de nullité ». Il s'avère que les parties se retrouvent liées par une convention d'arbitrage alors que la clause qui a été à l'origine de celle-ci est nulle et sans effet et que sans la perspective de cette clause, ils n'auraient pas signé une convention d'arbitrage.

**502.** Il est temps désormais d'étudier le droit applicable à l'instance arbitrale et au fond du litige (§2).

## § 2. Le droit applicable à l'instance arbitrale et au fond du litige

**503.** « *Arbitration is the settlement of a dispute between gentlemen, by gentlemen, in a gentlemanly way*<sup>489</sup> »

**504.** Pour déterminer la loi applicable en droit international privé, il faut qualifier pour pouvoir classer et rattacher. La qualification peut être *lege fori*, *lege causae*, ou comparative. Une fois la qualification internationale effectuée, la notion sera affectée à un facteur de rattachement afin qu'elle soit classée dans sa catégorie internationale et rattachée à un ordre juridique. Rattacher à un ordre juridique ? Dans le domaine de l'arbitrage, « *les parties se sont obligées à enlever aux Tribunaux de droit commun la connaissance du litige pour le confier à un tribunal arbitral*<sup>490</sup> ». Ainsi, une des finalités de l'arbitrage est de ne pas être rattaché à un ordre juridique étatique mais d'attribuer une compétence judiciaire pour le litige à une personne – un arbitre – qui n'est pas subordonné à un Etat.

**505.** « *A la différence des matières patrimoniales et disponibles (contrats, biens, etc.), l'autonomie de la volonté et le statut personnel se comportent mutuellement comme l'eau et le feu ; la consécration de celle-là est impuissante à l'ériger en authentique principe directeur de celui-ci, à peine de renversement immédiat au titre des exceptions. En revanche, une volonté individuelle, conjuguée à des actes et des faits objectifs d'enracinement, peut être présentée*

---

<sup>489</sup> « *L'arbitrage est la résolution d'un différend entre gentilhommes, par des gentilhommes, d'une manière conforme aux usages des gentilhommes* », MOURALIS D., *Loyauté et arbitrage*, in *Droit et loyauté*, PETIT F. (ss la dir.), actes du colloque « droit et loyauté », Avignon, 10 octobre 2014, Thèmes, commentaires et actes, Dalloz, 2015, p.47.

<sup>490</sup> BERTRAND Edmond, *Etude exploratoire de l'arbitrage dans les principales matières de droit privé*, La Documentation française, Paris, 1979, p.81.



comme un rattachement praticable.<sup>491</sup> »

## A. L'application des règlements européens : exclusion, prétérition, réaction.

**506. La primauté des normes supranationales :** La mise en œuvre du droit international privé implique l'application des règlements européens, des conventions internationales, puis des conventions binationales et enfin des règles du droit français. Toutefois, la place de l'arbitrage dans les règlements européens n'est pas limpide et génère de nombreuses incertitudes. Certains règlements excluent très clairement l'arbitrage alors que d'autres sont silencieux.

**507. Les exclusions non équivoques de l'arbitrage dans les règlements européens :** le *Règlement (CE) n°44/2001* du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale<sup>492</sup>, le *Règlement (CE) n°805/2004* du Parlement européen et du Conseil du 21

---

<sup>491</sup> D'AVOUT L., *la lex personalis entre nationalité, domicile et résidence habituelle*, in Mélanges en l'honneur du professeur Bernard AUDIT, *Les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p.25.

<sup>492</sup> Article premier : « 1. Le présent règlement s'applique en matière civile et commerciale et quelle que soit la nature de la juridiction. Il ne recouvre notamment pas les matières fiscales, douanières ou administratives. 2. Sont exclus de son application: a) l'état et la capacité des personnes physiques, les régimes matrimoniaux, les testaments et les successions; b) les faillites, concordats et autres procédures analogues; c) la sécurité sociale; d) l'arbitrage. (...) ». L'arbitrage est expressément exclu de l'article 1 du règlement Bruxelles I, et pourtant, la mise en œuvre de ce règlement d'un point de vue pratique ne semble pas si claire à en croire la jurisprudence. Il est notamment possible de citer quatre affaires : *Marc Rich*<sup>492</sup>, *West Tankers*<sup>492</sup>, *Gazprom*<sup>492</sup> et *Micula*<sup>492</sup>. Il résulte de l'arrêt *West Tankers* que « l'adoption, par une juridiction d'un Etat membre, d'une injonction visant à interdire à une personne d'engager ou de poursuivre une procédure devant les juridictions d'un autre Etat membre, au motif qu'une telle procédure serait contraire à une convention d'arbitrage, est incompatible avec le règlement n°44/2001 [Bruxelles I] (...) ». Cet arrêt a été critiqué par une partie de la doctrine et certains praticiens. Sans effectuer un revirement de jurisprudence tout en modifiant son analyse la Cour de justice énonce dans son arrêt *Gazprom* que « le règlement (...) [Bruxelles I] doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à ce qu'une juridiction d'un Etat membre reconnaisse et exécute, ni à ce qu'elle refuse de reconnaître et d'exécuter, une sentence arbitrale interdisant à une partie de présenter certaines demandes devant une juridiction de cet Etat membre, dans la mesure où ce règlement ne régit pas la reconnaissance et l'exécution, dans un Etat membre, d'une sentence arbitrale prononcée par un tribunal arbitral dans un autre Etat membre ». « La Cour revient ici à une séparation nette entre ordre international et ordre européen, faute de ponts existants entre l'un et l'autre au cas précis. (...) la Cour anticipe dans le cadre de l'interprétation du règlement « Bruxelles I » la solution désormais retenue par le règlement « Bruxelles I bis » en son article 73, paragraphe 2 qui dispose clairement que « le présent règlement n'affecte pas l'application de la convention de New York de 1958 ». Et donc, n'affecte pas l'interprétation de la convention ! (...) Affaire à suivre...où chacun peut vérifier que les relations tumultueuses entre arbitrage et Union européenne, entre ordre juridique arbitral et ordre juridique européen ne se résument pas au médiatique et fantasmagorique débat sur le traité transatlantique mais supposent une vigilance de tous les instants des observateurs et acteurs » NOURISSAT C., *Quand la Cour de justice apporte une première correction à la frontière tracée par elle entre arbitrage et règlement Bruxelles I...*, JCP G, n°27, 6 juillet 2015, notes 804, p.1328 à 1331.

avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées<sup>493</sup>, *Règlement (CE) n°593/2008* du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)<sup>494</sup>, le *Règlement (UE) n° 1215/2012* du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale<sup>495</sup>, excluent expressément l'arbitrage de leur champ d'application. Toute incertitude est levée pour ces règlements : l'exclusion est formelle. En revanche, d'autres règlements ne sont pas aussi clairs.

**508. Les règlements européens silencieux :** Le *Règlement (CE) n°1347/2000* du Conseil du 29 mai 2000, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et de la responsabilité parentale des enfants communs<sup>496</sup> ; le *Règlement (CE) n°2201/2003* du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale (Bruxelles II bis) abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000<sup>497</sup>, *Règlement (CE) n°4/2009* du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et

---

<sup>493</sup> « Article 2 : Champ d'application : 1. Le présent règlement s'applique en matière civile et commerciale et quelle que soit la nature de la juridiction. Il ne recouvre notamment pas les matières fiscales, douanières ou administratives, ni la responsabilité de l'État pour des actes ou des omissions commis dans l'exercice de la puissance publique ("acta jure imperii"). 2. Sont exclus de l'application du présent règlement: a) l'état et la capacité des personnes physiques, les régimes matrimoniaux, les testaments et les successions; b) les faillites, concordats et autres procédures analogues; c) la sécurité sociale; d) l'arbitrage. »

<sup>494</sup> Article premier : Champ d'application matériel : 1. Le présent règlement s'applique, dans des situations comportant un conflit de lois, aux obligations contractuelles relevant de la matière civile et commerciale. Il ne s'applique pas, notamment, aux matières fiscales, douanières et administratives. 2. Sont exclus du champ d'application du présent règlement: (...) e) les conventions d'arbitrage et d'élection de for (...).

<sup>495</sup> « Article premier : 1. Le présent règlement s'applique en matière civile et commerciale et quelle que soit la nature de la juridiction. Il ne s'applique notamment ni aux matières fiscales, douanières ou administratives, ni à la responsabilité de l'État pour des actes ou des omissions commis dans l'exercice de la puissance publique (acta jure imperii). 2. Sont exclus de son application: (...) d) l'arbitrage; (...) ».

<sup>496</sup> Article 1<sup>er</sup> : « Le présent règlement s'applique : a) aux procédures civiles relatives au divorce, à la séparation de corps ou à l'annulation du mariage des époux ; b) aux procédures civiles relatives à la responsabilité parentale à l'égard des enfants communs des époux à l'occasion de l'action matrimoniale visée au point a), 2. Sont assimilés aux procédures judiciaires les autres procédures officiellement reconnues dans un Etat membre. Le terme « juridiction » englobe toutes les autorités compétentes des Etats membres en la matière. 3. Dans le présent règlement, on entend par « Etat membre » tous les Etats membres à l'exception du Danemark ».

<sup>497</sup> Article premier : Champ d'application : 1. Le présent règlement s'applique, quelle que soit la nature de la juridiction, aux matières civiles relatives: a) au divorce, à la séparation de corps et à l'annulation du mariage des époux; b) à l'attribution, à l'exercice, à la délégation, au retrait total ou partiel de la responsabilité parentale. 2. Les matières visées au paragraphe 1, point b, concernent notamment: a) le droit de garde et le droit de visite; b) la tutelle, la curatelle, et les institutions analogues; c) la désignation et les fonctions de toute personne ou organisme chargé de s'occuper de la personne ou des biens de l'enfant, de le représenter ou de l'assister; d) le placement de l'enfant dans une famille d'accueil ou dans un établissement; e) les mesures de protection de l'enfant liées à l'administration, à la conservation ou à la disposition de ses biens. 3. Le présent règlement ne s'applique pas: a) à l'établissement et la contestation de la filiation; b) à la décision sur l'adoption et les mesures qui la préparent, ainsi que l'annulation et la révocation de l'adoption; c) aux noms et prénoms de l'enfant; d) à l'émancipation; e) aux obligations alimentaires; f) aux trusts et successions; g) aux mesures prises à la suite d'infractions pénales commises par des enfants. »

l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires (Aliments)<sup>498</sup>, le *Règlement (UE) n°1259/2010* du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps (Rome III)<sup>499</sup>, le *Règlement (UE) n°650/2012* du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matières de successions et à la création d'un certificat successoral européen (Successions)<sup>500</sup>, le *Règlement (UE), n°1103/2016* du Cons. UE, 24 juin 2016, mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux<sup>501</sup>, le *Règlement (UE), n°1104/2016* du Cons. UE, 24 juin 2016, mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière des effets

---

<sup>498</sup> Article premier : *Champ d'application* : 1. Le présent règlement s'applique aux obligations alimentaires découlant de relations de famille, de parenté, de mariage ou d'alliance. 2. Dans le présent règlement, on entend par «État membre» tous les États membres auxquels le présent règlement s'applique. »

<sup>499</sup> Article premier : « 1. le présent règlement s'applique, dans les situations impliquant un conflit de lois, au divorce, à la séparation de corps. 2. Le présent règlement ne s'applique pas aux questions suivantes, même si elles ne sont soulevées qu'en tant que questions préalables dans le cadre d'une procédure de divorce ou de séparation de corps : a) à la capacité juridique des personnes physiques, b) l'existence, la validité ou la reconnaissance d'un mariage, c) l'annulation d'un mariage, d) le nom des époux, e) les effets patrimoniaux du mariage, f) la responsabilité parentale, g) les obligations alimentaires, h) les trusts et successions. »

<sup>500</sup> Article premier : « *Champ d'application* : 1. Le présent règlement s'applique aux successions à cause de mort. Il ne s'applique pas aux matières fiscales, douanières et administratives. 2. Sont exclus du champ d'application du présent règlement: a) l'état des personnes physiques ainsi que les relations de famille et les relations réputées avoir des effets comparables en vertu de la loi applicable; b) la capacité juridique des personnes physiques, sans préjudice de l'article 23, paragraphe 2, point c), et de l'article 26; c) les questions relatives à la disparition, à l'absence ou à la mort présumée d'une personne physique; d) les questions liées aux régimes matrimoniaux et aux régimes patrimoniaux relatifs aux relations qui, selon la loi qui leur est applicable, sont réputées avoir des effets comparables au mariage; e) les obligations alimentaires autres que celles résultant du décès; f) la validité quant à la forme des dispositions à cause de mort formulées oralement; g) les droits et biens créés ou transférés autrement que par succession, par exemple au moyen de libéralités, de la propriété conjointe avec réversibilité au profit du survivant, de plans de retraite, de contrats d'assurance et d'arrangements analogues, sans préjudice de l'article 23, paragraphe 2, point i); h) les questions régies par le droit des sociétés, associations et personnes morales telles que les clauses contenues dans les actes constitutifs et dans les statuts de sociétés, d'associations et de personnes morales qui fixent le sort des parts à la mort de leurs membres; i) la dissolution, l'extinction et la fusion de sociétés, d'associations et de personnes morales; j) la constitution, le fonctionnement et la dissolution des trusts; k) la nature des droits réels; et l) toute inscription dans un registre de droits immobiliers ou mobiliers, y compris les exigences légales applicables à une telle inscription, ainsi que les effets de l'inscription ou de l'absence d'inscription de ces droits dans un registre. »

<sup>501</sup> Article premier, *champ d'application* : « 1. Le présent règlement s'applique aux régimes matrimoniaux. Il ne s'applique pas aux matières fiscales, douanières ou administratives. 2. Sont exclus du champ d'application du présent règlement: a) la capacité juridique des époux; b) l'existence, la validité ou la reconnaissance d'un mariage; c) les obligations alimentaires; d) la succession du conjoint décédé; e) la sécurité sociale; f) le droit au transfert ou à l'adaptation entre époux, en cas de divorce, de séparation de corps ou d'annulation du mariage, des droits à la pension de retraite ou d'invalidité acquis au cours du mariage et qui n'ont pas produit des revenus de retraite au cours du mariage; g) la nature des droits réels portant sur un bien; et h) toute inscription dans un registre de droits immobiliers ou mobiliers, y compris les exigences légales applicables à une telle inscription, ainsi que les effets de l'inscription ou de l'absence d'inscription de ces droits dans un registre. »

patrimoniaux des partenariats enregistrés<sup>502</sup>, le *Règlement européen (UE) du Conseil de l'Union européenne, n°2019/1111*, du 25 juin 2019, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants, JOUE L 178/1, 2 juillet 2019, (Bruxelles II bis refonte ou Bruxelles II ter)<sup>503</sup> n'excluent pas l'arbitrage de leur champ d'application, ce qui ouvre différentes perspectives.

**509.** Dès l'instant qu'aucune interdiction formelle n'existe, n'est-il pas envisageable qu'aux termes d'une convention d'arbitrage les parties demandent à l'arbitre d'appliquer le règlement, ce qui lierait ce dernier au règlement ? Ou alors, à défaut de désignation du Règlement dans la convention d'arbitrage, est-ce que l'arbitre peut ou doit appliquer le règlement ? Est-ce que le Règlement s'impose aux arbitres comme il s'impose au juge en sachant que, contrairement au juge, l'arbitre n'est pas tenu à l'application des règles de conflits de lois ? Comment garantir la sécurité juridique en cas de non-application d'un Règlement européen ? L'arbitre doit rendre une sentence qui ne doit pas soulever une exception d'ordre public et qui doit pouvoir recevoir l'*exequatur*, il doit rendre une sentence efficace et effective, cet objectif (obligation) est-il possible s'il ignore un règlement européen ?

**510. La place du droit européen :** Selon une partie de la doctrine, le silence des règlements européens corrobore son application. Cela rejoindrait l'éternel débat juridique, le

---

<sup>502</sup> Article premier, champ d'application : « 1. *Le présent règlement s'applique aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés. Il ne s'applique pas aux matières fiscales, douanières ou administratives.* 2. *Sont exclus du champ d'application du présent règlement: a) la capacité juridique des partenaires; b) l'existence, la validité ou la reconnaissance d'un partenariat enregistré; c) les obligations alimentaires; d) la succession du partenaire décédé; e) la sécurité sociale; f) le droit au transfert ou à l'adaptation entre partenaires, en cas de dissolution ou d'annulation du partenariat enregistré, des droits à la pension de retraite ou d'invalidité acquis au cours du partenariat enregistré et qui n'ont pas produit des revenus de retraite au cours du partenariat enregistré; g) la nature des droits réels portant sur un bien; et h) toute inscription dans un registre de droits immobiliers ou mobiliers, y compris les exigences légales applicables à une telle inscription, ainsi que les effets de l'inscription ou de l'absence d'inscription de ces droits dans un registre.* »

<sup>503</sup> « Article premier Champ d'application 1. *Le présent règlement s'applique aux matières civiles relatives: a) au divorce, à la séparation de corps et à l'annulation du mariage des époux; b) à l'attribution, à l'exercice, à la délégation, au retrait total ou partiel de la responsabilité parentale.* 2. *Les matières visées au paragraphe 1, point b), concernent, notamment: a) le droit de garde et le droit de visite; b) la tutelle, la curatelle, et les institutions analogues; c) la désignation et les fonctions de toute personne ou organisme chargé de s'occuper de la personne ou des biens d'un enfant, ou de le représenter ou de l'assister; d) le placement d'un enfant dans une famille d'accueil ou dans un établissement; e) les mesures de protection d'un enfant liées à l'administration, à la conservation ou à la disposition de ses biens.* 3. *Les chapitres III et VI du présent règlement s'appliquent en cas de déplacement ou de non-retour illicites d'un enfant concernant plus d'un État membre, en complément des dispositions de la Convention de La Haye de 1980. Le chapitre IV du présent règlement s'applique aux décisions ordonnant le retour d'un enfant dans un autre État membre en application de la convention de La Haye de 1980 qui doivent être exécutées dans un État membre autre que celui dans lequel la décision a été rendue.* 4. *Le présent règlement ne s'applique pas: a) à l'établissement et la contestation de la filiation; b) à la décision sur l'adoption et les mesures qui la préparent, ainsi que l'annulation et la révocation de l'adoption; c) aux nom et prénoms d'un enfant; d) à l'émancipation; e) aux obligations alimentaires; f) aux trusts et successions; g) aux mesures prises à la suite d'infractions pénales commises par des enfants.* »

silence vaut-il ou non acceptation ? Dans la perspective où le silence des règlements européens vaudrait acceptation par ces derniers à la détermination de la loi applicable au litige selon leur mécanisme, alors, un exemple développé par un auteur distingue deux hypothèses : « *si, comme le prévoit le règlement [du 4 juillet 2012 dit Règlement Successions], le défunt avait choisi sa loi nationale comme loi applicable à sa succession, le tribunal arbitral constitué par les héritiers appliquera cette loi nationale dans tous ses éléments mais aussi dans le respect du règlement lui-même. (...) Si le défunt n'avait pas choisi de loi applicable et que donc la loi de sa dernière résidence habituelle a vocation à gouverner cette succession dans les conditions prévues par le règlement, le tribunal arbitral (qui n'a pas de siège, rappelons-le) est-il tenu (comme c'est le cas du juge d'un Etat membre) par ce dispositif, au motif, par exemple, que les conditions d'applicabilité du règlement sont vérifiées ? La question est redoutable et renvoie en définitive à des interrogations sur lesquelles les meilleurs auteurs ne sont pas d'accord et où se révèle une pratique difficile à systématiser.* »

**511. Que déduire du silence des Règlements européens ?** « *Contrairement à d'autres textes qui composent le droit international privé européen, le Règlement conserve un silence persistant sur l'arbitrage.<sup>504</sup> » « Doit-on considérer que, pour l'Union européenne, succession et arbitrage sont antinomiques, ce qui serait un vrai problème dès lors que certains Etats membres ont opéré le lien de longue date ?<sup>505</sup> » Cette affirmation est partagée pour la même raison par un autre auteur : « *ce silence ne peut être entendu comme excluant le recours à l'arbitrage en matière successorale. Au vrai, il serait pour le moins difficile pour le législateur européen d'interdire ou de limiter le recours à l'arbitrage en matière successorale dans la mesure où la plupart des Etats membres sont liés par des obligations internationales qui leur imposent de donner suite au souhait des parties de soumettre des litiges à l'arbitrage.<sup>506</sup> »**

**512.** Comme un tribunal arbitral « *n'est pas une juridiction au sens de l'article 3 § 2 du Règlement (...) les règles de compétence qui figurent dans le Règlement ne lient en aucune manière les juridictions arbitrales. En outre, il est évident que les sentences arbitrales ne peuvent bénéficier des règles de circulation prévues pour les jugements. On ajoutera*

---

<sup>504</sup> WAUTELET P., *Le recours à l'arbitrage en matière de succession internationale, Réflexions à partir du Règlement 650/2012*, La Semaine juridique notariale et immobilière, n°51-52, 23 décembre 2016, étude dossier n°1350, p.42.

<sup>505</sup> NOURISSAT C., *L'apport du droit de l'Union européenne à l'arbitrage*, La semaine juridique notariale et immobilière, n°51-52, 23 décembre 2016, étude dossier 1347, p.33.

<sup>506</sup> WAUTELET P., *Le recours à l'arbitrage en matière de succession internationale, Réflexions à partir du Règlement 650/2012*, La Semaine juridique notariale et immobilière, n°51-52, 23 décembre 2016, étude dossier n°1350, p.42.

également, (...) qu'une juridiction arbitrale ne peut à notre sens bénéficier du mécanisme mis en place par l'article 8 du Règlement qui permet aux parties d'échapper à la procédure successorale ouverte d'office par une juridiction.<sup>507</sup> » Cette position est confirmée par un autre auteur : « s'il est clair que le règlement dans ses dispositions intéressant la compétence juridictionnelle et la reconnaissance et l'exécution des décisions est totalement étranger à l'arbitrage, tel ne sera pas nécessairement le cas dans son volet intéressant la loi applicable par le tribunal arbitral. (...) Dès lors que le tribunal arbitral n'est pas une juridiction au sens du règlement et que la sentence n'est pas non plus une décision au sens du règlement, le recours à l'arbitrage lui échappe totalement. En revanche, sous l'angle de la loi applicable au litige, ce règlement va et doit retrouver son empire.<sup>508</sup> » Comme il est possible de lire également dans la doctrine, « s'agissant des règles de conflit de lois (...), l'Europe n'avait rien à gagner de prévoir une exclusion de l'arbitrage, qui est libre de déterminer le droit applicable en respectant la volonté des parties<sup>509</sup> ».

**513.** Dans la lignée de ces auteurs, et dans l'esprit de l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, pourquoi l'arbitrage devrait spontanément s'exclure s'il ne l'est pas expressément par les Règlements ? Tout ce qui n'est pas interdit par la Loi [les Règlements] est permis. Comment serait-il possible de reprocher à un arbitre d'avoir appliqué un Règlement européen ? Ne lui serait-il pas plus reprocher d'avoir refusé l'exécution d'un partenariat enregistré qui ne serait pas conforme à ses convictions personnelles en appliquant une loi qui lui conviendrait au lieu de celle qui serait normalement applicable en vertu du Règlement relatif aux partenariats enregistrés ? Un raisonnement par analogie semble nécessaire pour les autres règlements. La méconnaissance du Règlement du 18 décembre 2008 dit *Aliments* qui aboutirait au non versement d'une pension alimentaire en application d'une loi non désignée par le Règlement ne devrait-elle pas être sanctionnée ; si ce n'est au motif de la non-application du Règlement, ne serait-ce parce qu'elle heurterait l'ordre public alimentaire ?

**514.** En l'absence de règlements européens, la Cour de justice veille sur la sauvegarde des droits des justiciables, le principe de l'autonomie procédurale qui résulte notamment de l'équilibre entre le principe d'équivalence et celui d'effectivité : comment en présence de

---

<sup>507</sup> WAUTELET P., *Le recours à l'arbitrage en matière de succession internationale, Réflexions à partir du Règlement 650/2012*, La Semaine juridique notariale et immobilière, n°51-52, 23 décembre 2016, étude dossier n°1350, p.43.

<sup>508</sup> NOURISSAT C., *L'apport du droit de l'Union européenne à l'arbitrage*, La semaine juridique notariale et immobilière, n°51-52, 23 décembre 2016, étude dossier 1347, p.33.

<sup>509</sup> WAUTELET P., *Le recours à l'arbitrage en matière de succession internationale, Réflexions à partir du Règlement 650/2012*, La Semaine juridique notariale et immobilière, n°51-52, 23 décembre 2016, étude dossier n°1350, p.43.

Règlement européen, la Cour de justice accueillerait la méconnaissance volontaire de ces derniers et des principes ?

**515.** En l'absence de Règlement applicable – réellement ou par choix – il est alors nécessaire de s'intéresser à la désignation nationale de la loi applicable (B).

## **B. La désignation nationale de la loi applicable**

**516.** Le droit applicable à l'instance (1) se distingue de celui applicable au fond du litige (2).

### **1. Les règles applicables à l'instance arbitrale**

**517.** Le droit applicable à la procédure au cours de l'instance arbitrale : L'arbitrage est généralement privilégié eu égard à une certaine défiance des juridictions étatiques. Les juridictions étatiques appliqueront les règles de lois en vigueur dans leur pays. Une des forces de l'arbitrage est de pouvoir choisir les règles applicables à leur procédure. Les parties ont ainsi un sentiment de liberté, de pouvoir, de souplesse. Il va de soi néanmoins que tous les choix ne sont pas permis. Les limites découlent notamment de l'ordre public international de procédure et des alternatives légales qui s'enracinent dans les principes généraux du droit.

**518. Les dispositions de l'article 1509 du Code de procédure civile français :** L'article 1509 du Code civil français relatif à l'arbitrage international dispose que « *la convention d'arbitrage peut, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure, régler la procédure à suivre dans l'instance arbitrale. / Dans le silence de la convention d'arbitrage, le tribunal arbitral règle la procédure autant qu'il est besoin, soit directement, soit par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure* ». Si l'autonomie de la volonté est consacrée, elle est également encadrée. Tout n'est pas possible, trois possibilités sont envisageables.

**519.** Premièrement, « *la convention d'arbitrage peut directement (...) régler la procédure à suivre (...)*, il s'agit d'un arbitrage *ex nihilo*, cela n'est envisageable que dans le

cadre d'un arbitrage *ad hoc* puisque les arbitrages institutionnels n'inventent pas une procédure à chaque arbitrage, et uniquement dans l'objectif de respecter les principes fondamentaux généraux du droit, l'ordre public, etc. En effet, comment serait-il envisageable de créer un arbitrage simulacre biaisé d'un procès pipé où régneraient la corruption, l'injustice, l'iniquité, la terreur, la loi du plus fort ou autres maux ? Une telle procédure ne pourrait pas exister sans être condamnée par les juridictions étatiques.

**520.** Deuxièmement, les parties peuvent décider de se référer à un règlement d'arbitrage, ce qui sera notamment le cas lorsque l'arbitrage est institutionnel et qu'elles appliquent le règlement d'arbitrage dudit centre. Ce règlement se substitue aux lois nationales et s'applique tout au long de la procédure.

**521.** Troisièmement, et dernière possibilité, les parties choisissent des règles de procédure, soit par exemple une loi nationale, soit une règle d'origine privé qui aurait acquis une certaine notoriété. Les parties n'ont pas une obligation légale d'effectuer un de ces trois choix. Dans le silence des parties, l'arbitre déterminera la loi applicable, librement. Cette liberté lui confère la possibilité d'inventer des règles de procédure pour les besoins de l'instance. Il dispose en effet, comme les parties, des trois alternatives pour choisir la règle applicable. Les inventions en la matière des arbitres constituent une *lex processualis*, en sachant que des principes généraux de l'arbitrage ont été dégagés et doivent être respectés comme, notamment, l'obligation de coopérer de bonne foi à l'administration de la preuve.

**522.** Ces principes généraux du droit de l'arbitrage s'inspirent généralement du respect de l'autre comme le respect du principe de la contradiction, l'égalité de traitement des parties, le droit de la défense, la loyauté procédurale, l'exigence d'indépendance et d'impartialité des parties, etc..

**523.** Reste à savoir quelles sont les règles applicables au fond du litige (B).

## **2. Les règles applicables au fond du litige**

**524. Le droit applicable au fond du litige :** L'article 1511 du Code de procédure civile français dispose que : « *le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de*



*droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées. »*

**525.** Il en résulte que la loi applicable est celle choisie par les parties, indépendamment de toute mise en œuvre des règles de conflits. L'article 1511 du Code de procédure civile français n'impose pas de conditions ni formelles ni temporelles pour reconnaître le choix de loi effectué par les parties. Il faut que l'accord de volonté soit certain mais celui-ci peut se comprendre de l'attitude des parties. *« La compatibilité du principe d'autonomie, avec les rattachements familiaux également fondés sur la volonté, est facilement envisageable.<sup>510</sup> »*

**526.** Si la compatibilité est possible, qu'en est-il s'il s'avère que le choix de loi des parties a été fait préalablement au différend – dans un contrat de mariage, un testament, un pacte sur successions futurs par exemple - ? *« En pareil cas, l'arbitre est confronté à une situation proche de celle à laquelle il est habitué en matière commerciale. (...) C'est dire que le choix naguère exercé sera respecté, y compris si une partie, prenant aujourd'hui conscience de ses conséquences, le critique devant l'arbitre. Cette affirmation doit néanmoins être nuancée en matière successorale selon que le choix de la loi applicable a été réalisé dans un pacte successoral ou dans un testament.<sup>511</sup> »* Dans l'hypothèse d'un pacte sur successions futures, *« après le décès d'une des parties, l'arbitre saisi d'un litige devra apprécier les effets de l'arrangement familial à la lumière du droit choisi par les parties. L'obligation de respecter les attentes légitimes des parties doit le conduire à respecter le choix de loi, peu importe que l'une des parties soit décédée car « l'arbitre se placera au moment où le choix a été effectué pour apprécier la solidité des attentes des parties<sup>512</sup> ».* Dans le cadre d'un testament, il s'agirait d'appliquer un choix de loi unilatéral émis par une personne décédée, qui n'est donc, par définition, pas partie à l'instance. La volonté du défunt peut être celle des héritiers, mais pas nécessairement. L'autonomie de la volonté des parties est différente de celle du défunt. Est-ce que les parties l'appliqueraient au nom d'un devoir moral à respecter en l'honneur de la mémoire du défunt ? Est-ce que l'acceptation de la succession impliquerait l'acceptation de la volonté du testateur de soumettre les éventuels litiges à l'arbitrage au nom de l'indivisibilité de l'option successorale<sup>513</sup> ? Quid en cas de cumul des vocations successorales ? Serait-ce une

---

<sup>510</sup> FARGE M., *L'arbitrage et le contentieux familial international : deux mondes qui pourraient se rapprocher ?*, in Mélanges offerts à Geneviève PIGNARRE, un droit en perpétuel mouvement, LGDJ, 2018, p.344.

<sup>511</sup> FARGE M., *L'arbitrage et le contentieux familial international : deux mondes qui pourraient se rapprocher ?*, in Mélanges offerts à Geneviève PIGNARRE, un droit en perpétuel mouvement, LGDJ, 2018, p.343-344.

<sup>512</sup> FARGE M., *L'arbitrage et le contentieux familial international : deux mondes qui pourraient se rapprocher ?*, in Mélanges offerts à Geneviève PIGNARRE, un droit en perpétuel mouvement, LGDJ, 2018, p.343-344.

<sup>513</sup> Article 769 du Code civil français : *« l'option est indivisible. Toutefois, celui qui cumule une vocation successorale à la même succession a, pour chacune d'elles, un droit d'option distinct. »*

charge testamentaire comme il existe des libéralités avec charges ? Le débat est ouvert. Cette situation pourrait impliquer un choix de loi effectué par le tribunal arbitral, à défaut d'avoir une loi choisie par les parties d'un commun accord. Est-ce que l'arbitre se tournerait alors vers la mise en œuvre des règles de conflits pour savoir quelle serait la loi normalement applicable au litige ou ce dernier déciderait-il de « *s'affranchir de toute règle de conflit, au profit de la « voie directe » qui consiste, sans plus d'égard à la méthode conflictuelle, à désigner directement le droit qui semble le plus approprié, à savoir « les règles, lois et principes matériels les mieux adaptés à une solution juste et équitable du litige, sur la base des circonstances de l'affaire et des attentes des parties, par la prise en compte directe, à cet effet, du contenu des règles et principes matériels à appliquer »*<sup>514</sup> ».

**527. Etendue de la liberté de choix des parties :** La liberté de choix des parties s'exerce en principe en faveur d'une loi étatique. Ce qui devrait plus ou moins directement aboutir à l'application d'un règlement européen ou d'une convention internationale. En matière d'arbitrage commercial international, les parties choisissent souvent la *lex mercatoria*. Quel pourrait être l'équivalent en droit de la famille ? Serait-ce la *lex personalis* ? Le cas échéant, quel rattachement retenir, la nationalité, le domicile, la résidence habituelle ? Tout en sachant les difficultés liées à la différence entre domicile et résidence habituelle, même si « *initialement, la différence entre domicile et résidence était très claire ; elle fut rappelée dans une résolution du Comité des ministres du Conseil de l'Europe de 1972 aux termes de laquelle le domicile implique un lien volontaire entre un individu et un Etat d'établissement prépondérant, tandis que la résidence habituelle est déterminée objectivement et selon des critères de fait tenant à la durée de l'établissement*<sup>515</sup> ». Serait-ce la *lex arbitrii*, fondée sur le lieu du siège de l'arbitrage ? « *Pour élaborer une lex quelconque, deux conditions sont nécessaires à l'élaboration d'une lex quelconque : la pratique doit s'insérer dans un milieu suffisamment organisé pour la recevoir et la généraliser, et on doit être en présence d'une certaine défaillance étatique au plan de la régulation des milieux en cause.*<sup>516</sup> »

**528.** Mais, serait-ce possible de trouver en droit de la famille une loi équivalente à la *lex mercatoria* ? « *En général, les relations de droit privé avec des éléments étrangers, telles que les nationalités différentes des parties ou leur résidence / établissement habituel dans*

---

<sup>514</sup> FARGE M., *L'arbitrage et le contentieux familial international : deux mondes qui pourraient se rapprocher ?*, in Mélanges offerts à Geneviève PIGNARRE, un droit en perpétuel mouvement, LGDJ, 2018, p.343-344.

<sup>515</sup> D'AVOUT L., *la lex personalis entre nationalité, domicile et résidence habituelle*, in Mélanges en l'honneur du professeur Bernard AUDIT, *Les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p.25.

<sup>516</sup> KAHN Ph., *La lex mercatoria : point de vue français après quarante ans de controverse*, 1992, volume 37 Revue de droit de McGill, p.413.

*différents pays, sont soumises au droit matériel national. Le «conflit» quant au droit matériel éventuel des systèmes juridiques concernés doit être appliqué doit être tranché par les règles respectives du droit international privé déterminant la loi applicable. Ces règles utilisent un facteur de rattachement tel que la nationalité commune ou le lieu de résidence habituelle de la personne, par exemple, qui exécute l'obligation contractuelle la plus caractéristique afin de «relier» la relation privée à un ensemble spécifique de règles juridiques en vertu du ressort de la loi nationale concernée. Le choix du facteur de rattachement repose sur la considération que, d'une part, le facteur doit être pertinent par rapport à la relation spécifique et, d'autre part, qu'un système national doit être appliqué qui s'avère avoir, sur le plan conceptuel, le lien le plus étroit avec cette relation. En droit de la famille, nous utilisons la nationalité qui, de plus en plus, a été remplacée par la résidence habituelle d'une ou de plusieurs des parties.<sup>517</sup> »*

Le droit de la famille est notamment composé du droit des personnes lequel comprend notamment le nom, le sexe, le corps humain, la capacité, les droits de la personnalité. Or, en droit international privé, les droits de la personnalité, qui appartiennent au droit des personnes, ne relèvent pas du statut personnel, mais ils appartiennent à la catégorie délictuelle en raison de l'atteinte qu'ils peuvent subir. La nationalité, le domicile qui composent le droit des personnes physiques ont en droit international privé une fonction de rattachement. En outre, en droit international privé, pour une conséquence, il peut exister autant de loi applicable que de raisons de celle-ci, comme par exemple, l'attribution du nom. Si l'attribution du nom résulte de la filiation, la loi applicable est celle des effets de la filiation, s'il résulte de l'adoption, la loi applicable est celle des effets de l'adoption, s'il résulte d'une décision de l'autorité publique, cela sera la loi de l'autorité, etc., finalement, l'attribution et le régime du nom dépendent de la loi personnelle de l'intéressée qui est sa loi nationale, sauf particularités. La capacité des personnes physiques relève de la loi nationale de l'intéressée, sous réserve de l'application de la loi du for pour protéger l'ignorance du tiers, la protection des mineurs relève de l'autorité parentale donc de la loi de la résidence habituelle du mineur, en cas d'enlèvement d'enfant, le principe est celui du retour immédiat dans l'Etat où l'enfant a été enlevé, la protection des majeurs renvoie à la compétence de principe des autorités de l'Etat de résidence habituelle de l'incapable, appliquant leur propre loi. L'article 3 du Code civil français rattache le statut personnel, l'état et la capacité, à la loi nationale de l'intéressé.

**529.** Nationalité, domicile, résidence habituelle, la loi applicable en droit de la famille s'articule généralement entre ces notions, à laquelle s'ajoutent d'autres droits applicables. Dans

---

<sup>517</sup> BOELE-WOELKI K., *Unifying and Harmonizing Substantive Law and the Role of Conflict of Laws*, Cours collectés de l'Académie de droit international de La Haye, volume 340, paragraphe 1.

le cadre d'une succession, étape ultime qui synthétise les différentes lois susceptibles d'être rencontrées, différentes lois peuvent être appliquées : il faut, souvent, préalablement, s'intéresser à la loi applicable au régime matrimonial et, *a minima*, à celle applicable à la succession, en sachant que le régime matrimonial est potentiellement lié à un contrat de mariage et qu'il sera possible de s'interroger aux conditions de fond et de forme de ce mariage, du contrat conformément aux lois applicables pour chaque étape. La succession c'est aussi l'occasion de rencontrer des héritiers protégés ainsi que des actes divers comme les libéralités entre vifs, à cause de mort, les dispositions de dernières volontés, etc., et ainsi autant de lois applicables pour chaque problématique soulevée, sauf convergence.

Nationalité, domicile, résidence, trois critères fréquents qui pris individuellement peuvent chacun être multiples. Les personnes qui ont plusieurs nationalités sont de plus en plus nombreuses. Outre la facilité ouverte aux individus de changer aisément de domicile ou de résidence, il n'est pas rare que certaines personnes partagent leur vie entre deux pays. Il faut alors rechercher, s'intéresser à leurs voyages, à la multiplicité de leurs points d'attaches familiaux, amicaux, associatifs, professionnels, etc.. Les frontières sont perméables et l'affirmation que cette personne était domiciliée ou résidait dans tel pays s'avère de plus en plus délicate. Dans un tel contexte, il semble difficile d'avoir une seule loi applicable au fond de tous les litiges du droit international de la famille, qui inclurait les clauses insérées par les parties dans la convention d'arbitrage.

**530. *Lex contractus ? lex fori ? Matrimonium Europaeum ? Lex matrimonio proprietad ?*** La Commission de droit européen de la famille (CEFL) a notamment pour objectif de créer des principes de droit européen de la famille afin d'harmoniser ce droit en Europe, en matière de divorce, pensions alimentaires, responsabilité parentale, relation patrimoniale entre conjoints, etc.. « (...) *il est possible de rédiger des principes communs malgré la grande diversité des systèmes de droit de la famille. (...) Si les tribunaux se réfèrent de plus en plus aux Principes de la CEFL comme source d'inspiration dans les litiges familiaux internationaux, l'idée d'appliquer les principes du droit de la famille dans les affaires transfrontalières retient de plus en plus l'attention. Certes, du point de vue des conflits de lois, une énorme différence subsiste entre la « loi » utilisée comme source d'inspiration – cela pourrait aussi être la loi interne d'une autre juridiction- et la « loi » qui régit la relation. (...) Il a également été démontré que l'unification du droit international de la famille, du moins en Europe, maintient la grande variété des systèmes de droit de la famille. Seule l'unification du droit de la famille sous la forme d'un instrument facultatif constituerait un remède efficace à cette situation. Cela exigerait qu'un tel instrument facultatif soit rédigé et finalement adopté par les institutions*

européennes. (...) Une autre option consisterait à adopter une convention qui atteindrait une importance et une réputation similaire à celles de la CVIM<sup>518</sup>». Réussir à harmoniser au niveau européen le droit international de la famille, c'est faire le grand-écart entre la volonté d'unifier de principes prétendus universels et d'autre part un individualisme croissant ; c'est construire un pont entre un besoin pragmatique et des théories juridiques antagoniques, *a fortiori* lorsque des principes religieux ont un rôle central.

**531. La Lex religionis :** « Reste, néanmoins, à se demander si une *lex religionis* ne pourrait pas, en matière familiale, être considérée comme l'équivalent de la *lex mercatoria* du commerce international ? Par où l'on retrouve la crainte que l'arbitrage soit propice à une confessionnalisation du droit. A s'inspirer de la jurisprudence française, il serait vraisemblablement possible de condamner une référence à des préceptes religieux ou à un Livre dès lors qu'à la différence de la *lex mercatoria*, ils ne représentent pas « un ensemble de règles dégagées par la pratique et ayant reçu une sanction des jurisprudences nationales ». A la vérité, ce débat est artificiel car la confessionnalisation du droit de la famille peut s'opérer par le jeu de normes étatiques. Il suffit, en effet, aux parties de désigner grâce au rattachement par la volonté, un droit d'obédience religieuse. Pareille désignation peut, du reste être opposée au juge étatique. Et, si le choix s'exerce sur une loi étrangère consacrant des discriminations fondées sur la religion, il reste la réserve d'ordre public. Pour s'y opposer, tout dépendra de la propension des arbitres à assurer le respect d'une valeur – la laïcité – considérée comme essentielle dans l'environnement socio-juridique dans lequel sont immergées les parties. C'est redire qu'il ne serait pas possible de faire l'économie d'une réflexion sur la qualité des arbitres afin notamment d'exiger d'eux une neutralité confessionnelle. On conviendra que la chose est malaisée et qu'il y a là le véritable frein politique à l'ouverture de l'arbitrage en matière familiale...<sup>519</sup>»

**532. Les tribunaux d'arbitrage religieux en Ontario :** Un rapport d'enquête sur l'arbitrage en matière familiale et successorale et son impact sur les personnes vulnérables a été établi par le Procureur général de l'Ontario<sup>520</sup>. « Dès sa parution, il est vivement critiqué, et, sous le poids d'une opinion publique largement hostile, le 11 septembre 2005, le premier

---

<sup>518</sup> BOELE-WOELKI K., *Unifying and Harmonizing Substantive Law and the Role of Conflict of Laws*, Cours collectés de l'Académie de droit international de La Haye, volume 340, paragraphes 142 et 143.

<sup>519</sup> FARGE M., *L'arbitrage et le contentieux familial international : deux mondes qui pourraient se rapprocher ?*, in Mélanges offerts à Geneviève PIGNARRE, un droit en perpétuel mouvement, LGDJ, 2018, p.348-349.

<sup>520</sup> BOYD M., *Résolution des différends en droit de la famille : pour protéger le choix, pour promouvoir l'inclusion*, rapport d'enquête sur l'arbitrage en matière familiale et successorale et son impact sur les personnes vulnérables, Procureur général de l'Ontario, 20 décembre 2004.

ministre (...), opte pour l'abrogation de tout type d'arbitrage religieux.<sup>521</sup> » « Pour pleinement saisir l'ampleur de la controverse, un bref rappel des faits concernant l'arbitrage religieux est nécessaire. Voté en 1991 par le gouvernement ontarien, l'acte d'arbitrage évite d'avoir recours au système judiciaire classique : les deux parties peuvent convenir qu'un tiers tranchera leur désaccord selon le type de loi souhaité. Un arbitrage privé peut alors être mis en place pour les affaires civiles de juridiction provinciale, comme la séparation des conjoints, le soutien financier aux époux ou le partage des biens. En laissant aux parties le choix du type de loi, les promoteurs de l'acte d'arbitrage ouvrent ainsi la voie à un possible arbitrage religieux : chrétiens, juifs et musulmans ont ainsi eu la possibilité d'avoir recours à un arbitrage selon les préceptes de leurs foi dans le cadre bien limité de certaines affaires familiales. Le 23 novembre 2003, un organisme nommé l'Institution islamique de justice civile (IIJC) affirme son intention de fonder une instance musulmane d'arbitrage privé. L'initiateur de ce projet (...) imam de Toronto et avocat à la retraite, milite depuis les années soixante pour la reconnaissance institutionnelle de certains segments de la charia au Canada. Si la loi ontarienne de 1991 permet la mise en place d'un arbitrage effectué par des individus ou des responsables religieux sans que la procédure soit soumise à un organisme central unique, la nouveauté introduite dans la proposition de l'IIJC consiste à envisager et d'uniformiser les sentences émises au nom de l'islam. Une vive controverse s'ensuit, portant sur la légitimité des tribunaux religieux, et sur leur capacité à rendre des jugements en opposition avec les droits de la personne.<sup>522</sup> »

**533. Le domaine de la *lex religionis* :** La crainte de la *lex religionis* est, en France, limitée, grâce à la puissance du principe de laïcité. Néanmoins, cette crainte n'est pas à sous-estimer car les conflits entre époux en matière de religions sont réels et ont des incidences très concrètes dans de nombreux domaines. Tout d'abord, la religion est susceptible d'influencer le choix du prénom. S'il est effectué par les titulaires de l'autorité parentale, il est susceptible d'être choisi en accord avec une appartenance religieuse, conformément aux codes de celle-ci. En France, la loi du 8 janvier 1993 relative à l'état civil, la famille et aux droits de l'enfant a permis aux parents de donner un prénom même si celui-ci n'a pas été cité dans le calendrier ni porté par une personne historiquement connue. Ce qui a, par exemple, permis au juge des affaires familiales de Nantes de reconnaître la validité des prénoms « Copié » et « Collé »

---

<sup>521</sup> MAY P., *La controverse sur les tribunaux d'arbitrage religieux ontariens : un non-dit identitaire ?* Canadian Journal of Political Science, Volume 47, n°2, juin 2014, p.327-347, stable URL : <http://www.jstor.org/stable/43298420> version consultable au 20 avril 2020.

<sup>522</sup> MAY P., *La controverse sur les tribunaux d'arbitrage religieux ontariens : un non-dit identitaire ?* Canadian Journal of Political Science, Volume 47, n°2, juin 2014, p.327-347, stable URL : <http://www.jstor.org/stable/43298420> version consultable au 20 avril 2020.

choisis par un couple pour prénommer leurs deux jumeaux nés en juin 2018. La jurisprudence a été confrontée à la demande d'un changement de prénom qui avait été « francisé » au moment de la naturalisation, afin de pouvoir effectuer un pèlerinage à La Mecque<sup>523</sup>. Ensuite, la religion influence le mariage, le mariage des enfants mineurs par exemple, mais aussi les litiges relatifs à la nullité du mariage. L'article 180 alinéa 2 du Code civil français<sup>524</sup>, dans le cadre d'un arbitrage international, sera-t-il objectivement déterminé en fonction de la conception française du mariage ou de la conception religieuse des époux ? Virginité, polygamie, hétérosexualité, etc. ces qualités impliquent l'intervention de l'ordre public français en matière internationale qui n'a pas vocation à faire respecter toutes les qualités essentielles en matière de mariage requises par chaque confession *a fortiori*, lorsque ce qui est exigé par certaines confessions le heurte profondément. Ce qui pourrait également être le cas en matière de divorce. Il est alors possible de se rappeler des litiges relatifs aux femmes de confession juive dont les maris refusaient après un divorce de leur délivrer la lettre de répudiation qui leur permet de se remarier selon leur religion<sup>525</sup>. Enfin, la religion de l'enfant est un des attributs de l'autorité parentale, une liberté garantie notamment par la Convention internationale des droits de l'enfant et la Convention européenne des droits de l'Homme. Cette liberté est susceptible d'ouvrir des contentieux relatifs au choix de l'école, école religieuse ou non, au choix de la circoncision de l'enfant, de son baptême, de la pratique religieuse où des conversions ne seraient effectives qu'après la majorité de l'enfant, voir éventuellement une pré-majorité religieuse si le débat ouvert tranchait en faveur de celle-ci<sup>526</sup>.

---

<sup>523</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mars 1990, pourvoi n°88-15.150, Bull. 1990, I, n°62, p.46, D.1997, p.477, note MASSIP J. : « Attendu que l'arrêt attaqué a débouté M. X... de sa demande au motif que la requête qu'il avait présentée en 1976 l'avait été en toute connaissance de cause, afin d'obtenir une meilleure intégration dans la communauté française et qu'il lui appartenait de se renseigner alors auprès des autorités religieuses sur les conséquences de la substitution de prénom qu'il avait sollicitée ; qu'elle en a déduit que si M. X... a un intérêt à la nouvelle substitution de prénom, cet intérêt ne peut être considéré comme légitime ; Attendu qu'en se déterminant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé (...) ». L'intérêt légitime, auquel se réfère l'article 57 alinéa 3 du Code civil, doit être apprécié en fonction des éléments existants au moment où le juge statue.

<sup>524</sup> Article 180 alinéa 2 du Code civil français : « *S'il y a eu erreur dans la personne, ou sur des qualités essentielles de la personne, l'autre époux peut demander la nullité du mariage.* »

<sup>525</sup> Cass., civ. 2<sup>ème</sup>, 15 juin 1988, pourvoi n°86-15.476, Bull. 1988, II, n°146, p.78 : « *Si les motivations de la délivrance ou du refus de délivrance du " gueth " échappent à l'appréciation des juridictions civiles, il appartient cependant à celles-ci de déterminer si le refus de délivrance constitue un abus de droit de celui qui l'oppose . Par suite, dès lors qu'elle a retenu qu'en demandant le divorce en application de l'article 230 du Code civil le mari comme la femme ont entendu dissoudre totalement leur mariage et qu'en refusant le " gueth " le mari laisse subsister le seul lien religieux avec les conséquences qui en découlent et restreint la liberté totale que la femme était en droit d'attendre du divorce, la cour d'appel a pu déduire que le comportement du mari constituait un abus de droit . La faute ainsi commise engage la responsabilité de son auteur hors de toute intention de nuire. »*

<sup>526</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 11 juin 1991, pourvoi n°89-20878, Bull. 1991, I, n°196, p.129 : « *c'est dans l'exercice de leur pouvoir souverain d'appréciation de l'opportunité de faire procéder immédiatement au baptême de Catherine X... que les juges du fond, qui ont relevé que celle-ci était née de parents catholiques et avait été baptisée dans leur religion, ont estimé qu'il convenait d'attendre qu'elle soit devenue majeure pour exercer son choix.* »

**534. Le choix du droit applicable par les arbitres :** Contrairement à un juge étatique, ou encore contrairement au notaire ou à l'avocat qui recevrait un choix de loi applicable, l'arbitre international n'a pas de for, il n'est pas obligé d'appliquer la méthode de la règle des conflits de lois, ni de vérifier que le choix de loi envisagé est possible. A défaut de règles de conflits de lois applicables, l'arbitre en matière internationale, n'a pas l'obligation d'appliquer une loi en particulier. Toutefois, cela ne signifie pas qu'il peut choisir n'importe quelle loi, il applique les « *règles de droits qu'il estime appropriées* » selon l'article 1511 du Code de procédure civile français. Cette rédaction laisse une grande place à la liberté. En pratique, le choix approprié s'effectue au regard de la nature de leur mission. Aussi, « le choix d'une législation neutre est proscrit, car, (...) l'autonomie de la volonté est cantonnée par le principe de proximité de sorte que la volonté ne peut s'exercer que sur des lois sélectionnées au regard de leurs liens avec la situation des parties. <sup>527</sup> »

**535.** *Que cette liberté permette à des héritiers adultes d'élire une loi ignorant la réserve n'est pas un obstacle puisqu'il est acquis qu'ils peuvent librement renoncer à leurs droits réservataires après le décès de leur auteur. La conclusion s'impose en matière de régime matrimonial et, par analogie, pour la liquidation d'un partenariat ou d'une succession : le choix de l'arbitrage s'harmoniserait sans difficultés majeures avec les principes de solutions aujourd'hui dégagées. Pour d'autres institutions familiales, a priori, éligibles à l'arbitrage, des réserves s'imposent. Tel est le cas en matière alimentaire où, même pour des aliments échus, l'idée que les parties puissent choisir une législation totalement étrangère à leur environnement sociojuridique ne séduit guère. A admettre cette conquête de l'autonomie de la volonté, il faudra se demander dans quelle mesure l'arbitre sera tenu de respecter les différents garde-fous qui s'imposent au juge étatique.*<sup>528</sup> »

**536. Lois de police :** Si l'arbitre applique la loi voulue par les parties, sans être obligé de respecter les lois de police, ce dernier doit se soucier de l'efficacité de sa sentence. S'il existait un litige relatif à l'assistance médicale à la procréation, les dispositions du Code de la santé publique, considérées comme des lois de police applicables indépendamment des considérations de nationalité ou de loi applicables, devraient permettre à tous les couples qui le souhaitent d'accéder à ces pratiques en France, alors, qu'elles seraient les possibilités pour l'arbitre ? Si la loi française était choisie par les parties, l'arbitre respecterait cette loi de police.

---

<sup>527</sup> FARGE M., *L'arbitrage et le contentieux familial international : deux mondes qui pourraient se rapprocher ?*, in Mélanges offerts à Geneviève PIGNARRE, un droit en perpétuel mouvement, LGDJ, 2018, p.344-347.

<sup>528</sup> FARGE M., *L'arbitrage et le contentieux familial international : deux mondes qui pourraient se rapprocher ?*, in Mélanges offerts à Geneviève PIGNARRE, un droit en perpétuel mouvement, LGDJ, 2018, p.344-347.



Si la loi française a un lien avec l'une des parties, *a priori*, l'arbitre respecterait également cette loi de police. Néanmoins, la détermination de la loi applicable n'est pas un motif d'annulation de la sentence dans le cadre d'un recours en annulation. Les risques qui pèseraient sur l'efficacité de la sentence aux termes de laquelle l'arbitre n'aurait pas respecté une loi de police semblent faibles. Toutefois, « *il est difficilement concevable que l'arbitre puisse les ignorer.* <sup>529</sup> » Un autre exemple « *en matière successorale, l'arbitre, statuant sur une propriété agricole sise en France, devrait respecter les règles relatives à l'attribution préférentielle, qualifiées de loi de police applicables à tous les biens successoraux situés sur le territoire français.* <sup>530</sup> »

**537. Ordre public en matière internationale :** L'arbitre doit respecter l'ordre public en matière internationale. En outre, le respect de l'ordre public en matière internationale est un des chefs du recours en annulation. Un arbitre qui ne respecterait pas l'ordre public en matière internationale prendrait le risque de voir sa sentence annulée. « *L'arbitre ne pourrait ignorer la conception « alimentaire » de la réserve héréditaire protégée par la Cour de cassation au nom de l'ordre public international. Ce nécessaire mimétisme peut être justifié par des considérations pragmatiques : l'arbitre doit être soucieux de l'efficacité de la sentence qu'il s'apprête à rendre : en cas de demande d'exequatur, tenir compte des principes essentiels et des lois de police du pays ayant des liens étroits avec le litige et dans l'intérêt des parties pour être assuré que la sentence pourra être exécutée ; en cas de recours en annulation il est également préférable de sacrifier aux mêmes exigences défendues par le lieu du siège.* <sup>531</sup> » De surcroît, l'ordre public en matière internationale recueille certaines valeurs de justice universelle, des principes fondamentaux mondialement partagés, que l'arbitre ne peut pas ignorer ni écarter. Comment un arbitre pourrait-il accepter qu'un enfant meure de faim parce que l'un de ses parents refuse de lui donner une pension alimentaire et que l'autre parent n'a pas les moyens de le nourrir ?

---

<sup>529</sup> FARGE M., *L'arbitrage et le contentieux familial international : deux mondes qui pourraient se rapprocher ?*, in Mélanges offerts à Geneviève PIGNARRE, un droit en perpétuel mouvement, LGDJ, 2018, p.348.

<sup>530</sup> FARGE M., *L'arbitrage et le contentieux familial international : deux mondes qui pourraient se rapprocher ?*, in Mélanges offerts à Geneviève PIGNARRE, un droit en perpétuel mouvement, LGDJ, 2018, p.348.

<sup>531</sup> FARGE M., *L'arbitrage et le contentieux familial international : deux mondes qui pourraient se rapprocher ?*, in Mélanges offerts à Geneviève PIGNARRE, un droit en perpétuel mouvement, LGDJ, 2018, p.348.

## Conclusion du Chapitre 1

**538.** La mise en œuvre de l'arbitrage familial international nécessite préalablement de constituer un tribunal arbitral compétent, composé d'arbitres de qualité, afin que l'instance puisse bien se dérouler.

**539.** Quantitativement, le contentieux familial international ne cesse d'augmenter. Les drames liés aux enlèvements internationaux d'enfants, les divorces internationaux, les successions internationales conflictuelles sont de plus en plus nombreux. L'ampleur d'un phénomène quantitatif pourrait rejaillir de manière qualitative : la mise en œuvre d'un arbitrage familial international sur-mesure, neutre, impartial, indépendant, efficace, pragmatique, autonome est séduisant. La popularité d'une telle institution pourrait être renforcée par l'absence de contrôle du contrat d'arbitre : la volonté des parties est déterminante à tous les niveaux : lors du choix de l'arbitrage, de la composition du tribunal arbitral, du choix de l'arbitre, des règles de droit applicables à l'instance arbitrale et au fond du litige, ce qui répond aux besoins de liberté, un des nouveaux piliers du droit de la famille.

**540.** La mise en œuvre du contrat d'arbitre en matière familiale internationale semblerait ainsi être une réponse individualisée qui s'intégrerait au cœur d'un espace juridique supranational hétérogène, d'une mondialisation en perpétuelle construction qui semble insaisissable, complexe, difficilement appréhendable pour une famille elle-même éprouvée par un conflit.

**541.** Mais pour obtenir une solution sur-mesure, l'arbitre doit être un excellent couturier. L'analyse comparative des différentes législations semble être une solution efficace, souhaitable pour développer l'arbitrage familial international. Or, de nombreuses inquiétudes relatives aux qualités de l'arbitre existent, notamment lorsque des sentiments, des dogmes, veulent s'imposer en lieu et place de l'équité ou de la loi. La sécurité juridique semble imposer une symbiose entre la mise en œuvre de l'arbitrage familial international et les tribunaux étatiques du siège de l'arbitrage. Entre indépendance et interdépendance, entre concurrence et concours, un équilibre est indispensable pour une collaboration efficace, pour des décisions juridiquement fiables, protectrices et justes.



## CHAPITRE 2 - LA CONVENTION D'ARBITRAGE

**542.** « Lors de la négociation des contrats, la question du choix du mode de résolution des litiges est toujours délicate, surtout lorsque le contrat est international. Trois options s'offrent aux négociateurs : ne rien prévoir et laisser les règles de conflit de juridictions applicables déterminer quelles juridictions pourront connaître du litige ; prévoir une clause attributive de compétence désignant la juridiction compétente d'un État déterminé ; enfin, négocier une clause d'arbitrage rendant un tribunal arbitral compétent. Dans quels cas est-il opportun de négocier une clause d'arbitrage dans un contrat international ?<sup>532</sup>» L'opportunité sera appréciée en fonction des parties et du litige en question. Toutefois, pour les parties, c'est déjà anticiper une procédure de règlement d'un différend en dehors des tribunaux étatiques.

**543.** **L'arbitrage est une justice privée conventionnelle.** Qui dit conventionnel implique une convention. Ainsi, « une convention d'arbitrage se définit comme « un accord en vertu duquel deux ou plusieurs parties déterminées ou déterminables conviennent de soumettre un ou plusieurs litiges présents ou futurs déterminés à un tribunal arbitral qui tranchera de manière contraignante à l'exclusion des tribunaux ordinaires étatiques selon un ordre juridique déterminé directement ou indirectement<sup>533</sup> ». Cette convention précède la procédure, elle a en outre un objet processuel puisqu'elle a pour finalité d'engager les parties à soumettre le litige futur à l'arbitrage, ce qui la lie intimement avec le procès.

**544.** La convention d'arbitrage est l'origine processuelle de l'arbitrage, c'est une des facettes de sa définition qu'il convient d'approfondir (Section I) et elle est autonome (Section II).

---

<sup>532</sup> BUCHMAN L., LOQUIN E., *Préférez l'arbitrage !*, Gaz. Pal., n°260, 16 septembre 2008, p.9 et s.

<sup>533</sup> ATF 130 III 66, consid. 3.1. (traduction JdT) in *Message concernant la modification de la loi fédérale sur le droit international privé (chapitre 12 : arbitrage international)* du 24 octobre 2018, n°18076, au nom du Conseil fédéral suisse, p. 7157, [www.admin.ch](http://www.admin.ch), version consultable au 07 mai 2019.

## Section I - Définition

**545. Un outil processuel :** La convention d'arbitrage peut être définie comme l'acte juridique par lequel deux ou plusieurs parties décident de confier à une juridiction arbitrale le litige qui les oppose ou est susceptible de les opposer. C'est une clause contractuelle qui a un objet processuel. Elle existe soit sous la forme d'une clause compromissoire, ou clause d'arbitrage, soit d'un compromis. Si la convention d'arbitrage est à l'origine de l'arbitrage, elle n'est pas nécessairement à l'origine du litige. En effet, les parties peuvent convenir de recourir à l'arbitrage une fois le litige né<sup>534</sup>.

**546. Requem sur le compromis :** *« la distinction entre la clause compromissoire et le compromis s'abolit en matière internationale, pour se voir substituer la seule catégorie de convention d'arbitrage laquelle intervient indifféremment à l'égard d'un litige né ou éventuel<sup>535</sup> »*. La formule ne peut pas être plus claire. Pourtant, cette distinction avait un sens. *« Pendant longtemps, la clause compromissoire n'était comprise que comme l'obligation de conclure un compromis d'arbitrage. Elle était une sorte d'acte préparatoire au compromis. La seule obligation née de la clause compromissoire consistait même en la conclusion d'un compromis. Comme souvent en matière d'arbitrage, c'est d'un arrêt qu'est venue l'amélioration du droit. En l'occurrence, la Cour de cassation a rendu, la même année, un arrêt aujourd'hui oublié qui a autonomisé la clause compromissoire au point de l'ériger en équivalente du compromis d'arbitrage, et dont elle peut fort bien se passer désormais. Aussi, alors que la clause compromissoire n'était que l'acte préparatoire du compromis d'arbitrage, est-elle devenue son équivalent. Avec cet arrêt, clause compromissoire et compromis sont apparus comme deux modalités de la convention d'arbitrage, dont la différence principale était que l'une était insérée dans le contrat d'origine alors que l'autre était conclu une fois le litige né. <sup>536</sup> »* En effet, *« la philosophie de ces deux conventions d'arbitrage diffère : le compromis résulte d'une démarche pragmatique, qui conduit les parties à s'intéresser à un présent*

---

<sup>534</sup> Cass., civ. 1ère, 15 décembre 2010, n°09-16.943 (n°1163 F-P+B+I), Recueil Dalloz, 2011, p.88 : *« L'existence d'un litige, sans lequel il n'existe pas d'arbitrage juridictionnel, n'étant pas caractérisé, une cour d'appel en a exactement déduit que l'acte qui lui était déféré n'était pas une sentence arbitrale. »*

<sup>535</sup> CA de PARIS, 17 janvier 2002, Rev. arb., 2002.391, note RACINE J.-B..

<sup>536</sup> CLAY Th., La simplification de la transaction et de l'arbitrage dans le Code civil, La Semaine Juridique Edition Générale n° 16, 21 Avril 2014, doct. 492, paragraphes 23 à 25.

litigieux, tandis que la clause compromissoire répond à une anticipation d'un futur que l'on voudrait et que l'on croit encore pacifique.<sup>537</sup> » Pourquoi vouloir gommer les différences alors que les deux sont complémentaires, particulièrement en droit de la famille où les volontés sont si changeantes au regard des circonstances présentes ? En matière extracontractuelle, les stratégies d'anticipation sont très importantes, mais malheureusement, tout ne peut pas s'organiser en amont. Pouvoir effectuer un choix pragmatique, devant les faits accomplis lorsque l'état des lieux du litige est délimité et les personnalités dévoilées, est pertinent. Sémantiquement, la distinction se meure au profit de la convention d'arbitrage. Néanmoins, le régime juridique semble subsister, tout au moins, il faudrait qu'il subsiste pour favoriser l'essor de l'arbitrage familial international.

**547.** Pour être valable, la convention d'arbitrage n'est pas soumise à des conditions de forme (§1) mais de fond (§2), il peut arriver que ces deux notions soient englobées<sup>538</sup>.

### §1. L'absence de condition formelle en matière internationale

**548. Méthodologie :** Si l'écrit est exigé à peine de nullité<sup>539</sup> en droit interne français, une telle exigence n'est pas requise en matière internationale<sup>540</sup>. Aucune condition de forme n'est nécessaire. Par conséquent, une convention d'arbitrage orale est envisageable. Logiquement, lorsqu'une convention est conclue par écrit, il en résulte qu'aucune mention obligatoire ne doit être rédigée *ad validitatem*. Elle serait complètement libre, et ne pourrait pas être annulée au motif qu'une information serait manquante. Tout est fait pour faciliter la validité de la convention d'arbitrage qui est un principe en droit international<sup>541</sup>. Si l'écrit n'est pas

---

<sup>537</sup> JARROSSON Ch., *Le compromis, convention d'arbitrage d'avenir ?*, in Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard AUDIT : Les relations privées internationales, LGDJ, 2014, p.472-473.

<sup>538</sup> Arrêt Dalico, *Op. cit.*

<sup>539</sup> Article 1443 du Code de procédure civile français, non applicable en droit international privé en vertu de l'article 1506 du même Code : « à peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite. Elle peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale ».

<sup>540</sup> Article 1507 du Code de procédure civile français : « La convention d'arbitrage n'est soumise à aucune condition de forme. »

<sup>541</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 7 mai 1963 (sect.), *Etablissements Gosset contre Carapelli*, Bull. 1963, I, n°246 p.208, Rev. crit. DIP, 1963.615, note MOTULSKY H., D. 1963.545 note ROBERT J., JCP 1963, II, 13405, note GOLDMAN B., JDI 1964.82, 1<sup>ère</sup> esp., note BREDIN J.- D., Rev. arb. 1963.60, *Ecrits, études et notes sur l'arbitrage*, préf. REYMOND Cl., Dalloz 2010, p.340 ; Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 25 octobre 2005, pourvoi n°02-13252, D. 2005.3052 et 3060, obs. CLAY Th., D. 2006.199 avis SAINTE-ROSE J., Rev. arb. 2006.103, note RACINE J.- B., JDI 2006.996, note TRAIN F.- X. ; Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 4 juillet 1972, n°70-14163, arrêt *Hecht contre Société Buisman's*, Bull.civ. I, n° 175, p.154, JDI Clunet 1972, p.843, note OPPETIT B., Rev. crit. DIP 1974, p.82, note LEVEL P., Rev. arb. 1974, p.89, RTD com. 1973.499, obs. LOUSSOUAM Y., CA de PARIS, 13 décembre 1975, Rev. crit. DIP 1976, note OPPETIT B., JDI 1977, 107 note LOQUIN E., Rev. arb. 1977.147, note FOUCHARD Ph. ; Cass., civ 1<sup>ère</sup>, 20

nécessaire, il est toutefois souhaitable *ad probationem, a fortiori* en droit de la famille. En effet, un des écueils en matière familiale repose sur la naïve confiance. Lorsque la confiance constitue un motif pour ne rien faire, elle occulte la gravité des décisions prises par les intéressés alors la désillusion n'en n'est que plus grande. Combien de couples subjugués au début se déchirent violemment quelques années après et prennent conscience des enjeux de leurs engagements trop tardivement ?

**549.** La contractualisation du droit de la famille se confronte à l'approche institutionnelle de celle-ci. Le duel entre le contrat et l'institution tiraille la matière, quelquefois au détriment de la protection des intéressés eux-mêmes. Le recul de la solennité lors de la conclusion des contrats en droit de la famille, de leur aménagement ou lors de leur dissolution n'annihile pas, pour l'instant, la qualification juridique d'acte solennel de certains contrats, comme le contrat de mariage par exemple. En matière successorale, la prestation de serment effectuée aux termes d'un acte de clôture d'inventaire impose également une certaine solennité, et ne permet pas de dérogation : cet acte est éminemment personnel ; personne ne peut se substituer à celui qui est appelé par la loi à prêter serment. L'importance des déclarations contenues dans les actes de droit de la famille est corroborée par les sanctions, civiles et pénales, qui sont prévues en cas de manœuvres frauduleuses, omission, recel, etc..

**550. Des exigences formelles garantes de la sécurité juridique :** Les exigences formelles imposées par la loi des conventions reçues par un professionnel du droit garantissent un contrôle de légalité, d'égalité, d'équilibre, pour protéger les parties, sécuriser les actes. « *Les exigences formelles minimales, reproduites dans les différents règlements européens, pour les clauses d'élection du for ou de la loi applicable, sont jugées insuffisamment protectrices. Universitaires et praticiens s'accordent, en effet, pour considérer que la gravité de ces choix devrait toujours exiger l'intervention d'un professionnel du droit. Il doit en aller de même pour*

---

Décembre 1993, n°91-16.828, *Comité populaire de la municipalité de Khoms El Mergeb contre Dalico Contractors*, Bull. 1993, I, n°372, p.258, JDI 1994, p.432, note GAILLARD E., Rev. arb. 1994.116 note GAUDEMET-TALLON H., Rev. crit. DIP 1994.663, note MAYER P., JDI 1994.690, note LOQUIN E., JurisData n°1993-00254, Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 30 mars 2004, pourvoi n°01-14311, Bull. 2004, I, n°95, p.76, RTD com., 2004.443, note LOQUIN E. ; JCP 2004, II, 10132, note CHABOT G., Rev. arb. 2005. 959 note SERAGLINI Ch. ; Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 5 janvier 1999, Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 5 janvier 1999, n°96-21.430, *M. Zanzi ès qualité de curateur de la société Tripcovitch c. Coninck et al.*, Bull. civ., I, 1999, n°2, Rev. arb., 1999, p.260, note FOUCHARD Ph., Rev. crit DIP, 1999, p.546, note BUREAU D., RTD com., 1999, p.380, obs. LOQUIN E., D. et pat., 2000, n°79, p.110, note MOUSSERON P., JDI 1999.784, note POILLOT-PERUZETTO S., Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juillet 2009, *Soerni*, pourvoi n°08-16.025, Rev. arb. 2009.529, note COHEN D., D. 2009.2961, obs. CLAY Th., JCP G 2009, I, 462, § 5, obs. ORTSCHIEDT J. ; Cass., civ.1<sup>ère</sup>, 28 janv. 2015, pourvoi n°13-24626, Rev. arb. 2015.278.

Article 1447 du Code de procédure civile français : « *La convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci. / Lorsqu'elle est nulle, la clause compromissoire est réputée non écrite.* »

*l'accord d'arbitrage. Une règle matérielle devrait donc être envisagée pour imposer, en matière familiale le recours à un professionnel. Elle permettrait, en outre, de prévenir les clauses d'arbitrage affectées d'une pathologie rédactionnelle. Que le choix de l'arbitrage impose le coût d'un acte notarié ou d'avocat n'est pas choquant.*<sup>542</sup> »

**551. Des exigences formelles garantes de l'autonomie :** en cas de contestation, lorsque le contrat écrit qui contient une convention d'arbitrage est remis en question sur un fondement de nullité, d'imprécision, d'erreur, dol, contrainte, etc., le principe de l'autonomie de la clause compromissoire prend toute sa portée. Ce principe est également reconnu dans les pays de *common law*, c'est le principe de séparabilité du contrat et de la convention d'arbitrage évoqué notamment aux termes de l'arrêt de la *Court of Appeal Harbour Assurance Co. Ltd. V. Kansa General International Insurance Co. Ltd.* Cette règle est énoncée à l'article 7 de la loi de 1996<sup>543</sup> : « *separability of arbitration agreement : Unless otherwise agreed by the parties, an arbitration agreement which forms or was intended to form part of another agreement (whether or not in writing) shall not be regarded as invalid, non-existent or ineffective because that other agreement is invalid or did not come into existence or has become ineffective, and it shall for that purpose be treated as a distinct agreement.* » Ainsi, sauf accord contraire des parties, lorsqu'une convention d'arbitrage appartient ou a prévu d'appartenir à un autre accord, écrit ou non, il ne doit pas être considéré comme pas valable, inexistant ou inefficace, parce que l'autre contrat le serait. Elle doit être appréciée de manière distincte. Ce qui permettra son exécution indépendamment de la résiliation, caducité ou tout autre aléa susceptible de remettre en question le contrat principal.

**552. Réflexion sur la pertinence d'un écrit :** Imposer le coût d'un acte notarié ou d'avocat en matière d'arbitrage familial international, c'est aussi réfléchir sur les actes susceptibles d'intégrer une clause compromissoire ou un compromis, initialement certes, mais aussi en cas de changement de la volonté des parties. Le droit de la famille est mouvant, un acte signé est susceptible d'évoluer au fil du temps, d'être aménagé, changé voir supprimé. Le

---

<sup>542</sup> FARGE M., *L'arbitrage et le contentieux familial international : deux mondes qui pourraient se rapprocher ?*, in Mélanges offerts à Geneviève PIGNARRE, un droit en perpétuel mouvement, LGDJ, 2018, p.340.

<sup>543</sup> Article 7 de la loi du 17 juin 1996, *Arbitration Act 1996*, 1996 Chapter 23, « *separability of arbitration agreement : Unless otherwise agreed by the parties, an arbitration agreement which forms or was intended to form part of another agreement (whether or not in writing) shall not be regarded as invalid, non-existent or ineffective because that other agreement is invalid or did not come into existence or has become ineffective, and it shall for that purpose be treated as a distinct agreement.* » : sauf accord contraire des parties, lorsqu'une convention d'arbitrage appartient ou a prévu d'appartenir à un autre accord, écrit ou non, ne doit pas être considéré comme pas valable, inexistant ou inefficace, parce que l'autre contrat le serait. Elle doit être appréciée de manière distincte.



testament illustre les évolutions. Combien sont ceux qui effectuent un testament pour prévoir la tutelle de leurs enfants mineurs, puis un autre pour conférer un avantage à son partenaire de vie, suivi d'un autre testament pour révoquer cet avantage préalablement consenti, pour ensuite prévoir un testament-partage qui lui-même sera révoqué pour rédiger un testament final au profit d'autrui ignoré de la famille ? Cet exemple n'est pas un cas d'école. Le testament suit les pensées et les faits de la vie du testateur. Est-ce que la clause compromissoire pourrait évoluer indépendamment de la convention qui la contiendrait ? A priori oui en raison du principe d'autonomie, d'indépendance de celle-ci, mais concrètement, comment modifier une clause compromissoire comprise dans un contrat de mariage sans effectuer un acte d'aménagement de régime matrimonial notarié ? Les dernières réformes en matière familiale en France facilitent l'aménagement ou le changement de régime matrimonial – recul du contrôle du juge, suppression du délai de deux ans etc. – mais ne permettent pas de modifier un régime matrimonial, acte solennel notarié, par un acte sous seing privé, comme pourraient l'être des statuts notariés de société. Il serait possible de dépasser le parallélisme des formes, cependant une telle réforme risquerait de porter préjudice à l'une des parties. Si une clause compromissoire était rédigée par un notaire, avec l'accord des parties, et qu'elle était modifiée le lendemain par les parties elles-mêmes, dans quelles conditions s'effectueraient la modification ? sous la contrainte ? L'une des parties ne serait-elle pas dépendante de l'autre sans pouvoir être soutenue par un professionnel du droit ? En outre, les maladresses rédactionnelles, les erreurs matérielles, peuvent avoir des conséquences importantes sans sécurité pour les parties livrées à elles-mêmes dans un contexte sensible. Au lieu du contrat de mariage, serait-il plus opportun d'insérer une clause compromissoire dans une donation entre époux ? Il semblerait que cela soit une mauvaise idée. Non seulement la donation entre époux est fréquemment révoquée unilatéralement le lendemain de sa conclusion, mais aussi cette institution n'est pas internationalement reconnue. Dans l'hypothèse d'une clause compromissoire contenue dans un testament, si le testateur le modifie régulièrement et insère une clause compromissoire dans le troisième testament mais qu'au jour de son décès il existe sept testaments dont le dernier ne révoque pas expressément les premiers, quid de la survie de la clause compromissoire ?

**553. L'importance de l'écrit pour la circulation de la convention d'arbitrage :**

Outre la sécurité des parties, l'absence d'un écrit ne facilite pas la circulation de la convention d'arbitrage : comment la matérialiser afin de la produire devant une juridiction ? L'écrit, même s'il n'est pas exigé, conserve son importance et est reconnu sur la scène internationale. « *Aux termes de l'article 2, alinéa 1er, de la convention de New York du 10 juin 1958, chacun des*

*Etats contractants reconnaît la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage. Selon l'alinéa 2 dudit article, on entend par " convention écrite " une clause compromissoire insérée dans un contrat ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes. Si les textes précités n'excluent pas l'adoption d'une clause compromissoire par référence à un document qui la contient, encore faut-il -comme l'exigerait d'ailleurs la loi française- que l'existence de cette clause soit mentionnée dans la convention principale, sauf s'il existe entre les parties des relations habituelles d'affaires qui leur assurent une parfaite connaissance des stipulations écrites régissant couramment leurs rapports commerciaux.*<sup>544</sup>»

**554. Réflexion sur la clause compromissoire :** « *Il résulte du refus de toute condition de forme que le « schéma formaliste », qui semble s'imposer en matière de clause par référence, constitue en réalité un modèle destiné à faire apparaître la volonté des parties de recourir à l'arbitrage. Les règles dégagées au sujet de la convention d'arbitrage par référence, n'ont donc pas pour objet d'imposer un formalisme, mais de fournir les repères permettant de s'assurer de l'existence de la volonté des parties de recourir à l'arbitrage.*<sup>545</sup> »

Lorsqu'un contrat est vicié sur le fond, la clause compromissoire reste valable. L'arbitre peut constater la nullité du contrat de fond sans que cela n'affecte sa compétence. L'absence de condition formelle évite la présence de clause obligatoire à peine de nullité de la convention d'arbitrage. Les « *clauses blanches* » se bornent à exprimer la volonté des parties de recourir à l'arbitrage et elles sont reconnues comme valables. Si l'arbitrage est institutionnel, la convention pourra alors se limiter à l'indication de l'institution choisie : dans ce cas, le règlement d'arbitrage de l'institution s'intègre à la convention, c'est l'utilisation de la clause-modèle de l'institution d'arbitrage. « *En cas d'arbitrage ad hoc il est pratiquement indispensable que la convention d'arbitrage comporte elle-même des précisions, notamment sur la désignation des arbitres, leur nombre, ou le siège de l'arbitrage...L'article 1508 CPC reconnaît expressément le rôle, direct ou indirect, de la convention d'arbitrage dans la désignation des arbitres. La mission des arbitres repose avant tout sur la volonté des parties.*

---

<sup>544</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 11 octobre 1989, *Bomar Oil NV*, pourvoi n°87-15094, Bull. 1989, I, n°314, p.209, Rev. arb. 1990.134, note KESSEDJIAN C. ; JDI 1990.633, note LOQUIN E..

<sup>545</sup> JACQUET J.- M., DELEBECQUE Ph., CORNELOUP S., *Droit du commerce international*, précis Dalloz, 3<sup>ème</sup> éd., 2015, p.869, paragraphe 1110.

*On ne s'étonnera donc pas que le droit français de l'arbitrage international autorise les parties, dans la convention d'arbitrage, à régler par divers moyens la procédure à suivre (article 1509 CPC) à fixer les règles applicables au fond du litige (art 1511 CPC) ou à conférer aux arbitres une mission d'amiables compositeurs (article 1512 CPC) <sup>546</sup>».*

**555. Réflexion sur le support écrit de la convention d'arbitrage :** Le 115<sup>ème</sup> congrès des notaires de France à Bruxelles, 2019, a émis une proposition soumise au vote des notaires rédigée ainsi qu'il suit : « (...) 3/ *inclure dans un acte notarié une clause qui définit le juge compétent en cas de litige comme en cas de séparation afin d'assurer la sécurité juridique des concitoyens résidant à l'étranger.* »

**556.** Est-ce qu'une convention d'arbitrage pourrait être insérée dans un pacte civil de solidarité, une convention de concubinage, aux termes d'une clause de tontine, d'une convention d'indivision, d'une donation-partage, au sein des statuts d'une société civile immobilière ? A en lire une partie de la doctrine, la réponse à cette question est affirmative<sup>547</sup>. Pour ces contrats, ils proposent, par exemple, la rédaction suivante dans le cadre d'un arbitrage institutionnel : « *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<sup>548</sup>). Le tribunal arbitral sera composé de un (ou trois) arbitre(s) et siègera à \_\_\_\_* <sup>549</sup> ».

**557.** En matière de divorce, le pacte de famille, la convention notariée de changement de régime matrimonial, ces auteurs proposent des clauses plus « *ciblées et mesurées*<sup>550</sup> », et proposent par exemple pour l'arbitrage institutionnel, ce qui suit : « *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(auront) à trancher les points suivants : 1 \_\_\_\_ ; 2 \_\_\_\_ ; 3 \_\_\_\_.* <sup>551</sup> »

---

<sup>546</sup> Dalloz, droit du commerce international, p.25 s/43.

<sup>547</sup> BARBE G., FONTMICHEL (de) M., *Les clauses compromissaires en droit de la famille*, Droit de la famille, n°4, avril 2020, étude 12.

<sup>548</sup> Calif : Centre d'arbitrage des litiges familiaux, composé d'avocats, notaires et universitaires, créé en février 2019.

<sup>549</sup> BARBE G., FONTMICHEL (de) M., *Les clauses compromissaires en droit de la famille*, Droit de la famille, n°4, avril 2020, étude 12.

<sup>550</sup> BARBE G., FONTMICHEL (de) M., *Les clauses compromissaires en droit de la famille*, Droit de la famille, n°4, avril 2020, étude 12.

<sup>551</sup> BARBE G., FONTMICHEL (de) M., *Les clauses compromissaires en droit de la famille*, Droit de la famille, n°4, avril 2020, étude 12.

**558.** En Belgique, la chambre d'arbitrage et de médiation propose d'insérer dans les statuts de société la clause suivante : *« tout litige relatif aux statuts, à leur exécution, leur interprétation, aux décisions prises en exécution, à l'administration et contrôle de la société (ou de l'association), aux actes quelconques des organes et de ses membres commis à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions, toute question relative à la dissolution de la société (ou de l'association), tout différend opposant les associés à l'un ou plusieurs d'entre eux seront arbitrés par la Chambre d'Arbitrage et de Médiation asbl (www.arbitrage-mediation.be) conformément à son règlement. »* Cette même chambre propose la clause suivante dans un engagement unilatéral *« tout différend relatif au présent engagement et toutes ses suites sera arbitré, sauf dérogation se référant expressément à la présente clause, par la Chambre d'Arbitrage et de Médiation asbl (www.arbitrage-mediation.be) conformément à son règlement. »* et pour les conventions de divorce par consentement mutuel, pour les questions pécuniaires et patrimoniales, *« tout différend relatif aux volets patrimoniaux des présentes conventions et toutes leurs suites sera arbitré par la Chambre d'Arbitrage et de Médiation asbl (www.arbitrage-mediation.be) conformément à son règlement. »*

**559.** La Cour européenne d'arbitrage propose la clause modèle suivante : *« tout litige résultant des relations entre les parties au présent contrat sera tranché par un arbitre qui sera choisi conformément aux règlement d'arbitrage et au règlement intérieur de la Cour européenne d'arbitrage faisant partie du Centre européen d'arbitrage ayant son siège à Strasbourg, et qui sont en vigueur au moment du dépôt de la demande d'arbitrage et dont l'adoption de la présente clause vaut acceptation. Le siège de l'arbitrage est \_\_\_\_\_. La langue de la procédure est le \_\_\_\_\_. Les règles de droit matériel applicables sont le \_\_\_\_\_. »*

**560.** Cette clause-type correspond aussi à celle conseillée par la SCAI, Swiss Chambers' Arbitration Institution. Cette chambre propose également à la fin de cette rédaction la phrase suivante : *« les parties peuvent en outre décider en tout temps de soumettre leur litige à la médiation conformément au Règlement suisse de médiation (...) »*. Ce mélange entre médiation et arbitrage se retrouve également au Canada, qui envisage des clauses multi-étapes : *« négociation, médiation et arbitrage »*, tout en prévoyant également des clauses exclusivement dédiées à l'arbitrage.

**561. Critique des clauses-types et de leur support :** Les clauses-types sont bien évidemment beaucoup plus nombreuses que celles ci-dessus relatées. La clause-type du centre européen d'arbitrage semble garantir, pour le droit de la famille, une plus grande sécurité juridique. Prévoir l'acceptation de celle-ci, le lieu du siège de l'arbitrage, la langue et les règles de droit matériel applicables semble opportun eu égard aux enjeux de ces points fondamentaux.

Cela assurerait une certaine tranquillité aux familles qui se retrouveraient bousculées par les difficultés générées par l'évènement familial occasionnant l'arbitrage. Cette anticipation et cette organisation prévues dans cette rédaction évitent une pression supplémentaire à la partie faible qui serait démunie face à un changement volontaire de l'autre partie qui imposerait sa loi. En Suisse, outre la précision du nombre d'arbitres, les clauses standards prévoient également si les parties souhaitent une procédure accélérée, une constitution du tribunal arbitral plus rapide, un délai écourté pour la réponse de la défense, une sentence fondée exclusivement sur les preuves sur pièces.

**562.** Constaté que ces clauses-types s'ordonnent sur le plan international prouve que c'est une tendance de fond qui s'organise *in favorem arbitrandum*. L'essor de l'arbitrage familial international pourrait en partie dépendre, s'appuyer, sur cette anticipation sécurisante et sécurisée.

**563.** Toutefois, en ce qui concerne le support de la convention d'arbitrage, il ne faut pas omettre de prendre en considération la circulation de l'acte qui le contient. Aussi, quelles sont les effets produits à l'étranger d'un acte de donation-partage conclu en France qui porterait sur des biens situés à l'étranger ? C'est toujours une question délicate eu égard aux législations qui qualifieraient la donation-partage de pacte sur successions futures et qui les prohiberaient. Quid de leur interprétation et corrélativement quid de l'interprétation de la convention d'arbitrage qui y serait insérée ? Ces risques sont plus limités en Europe grâce au Règlement européen sur les successions internationales du 4 juillet 2012, mais ils ne sont pas inexistantes par exemple au Royaume-Uni, en Irlande, au Danemark, ainsi que dans certains Etats dans le reste du monde. L'autonomie de la convention d'arbitrage permettra sa validité même si l'acte de donation-partage est annulé par l'autorité étrangère mais il est alors possible de s'interroger sur la portée d'une telle convention d'arbitrage : s'appliquera-t-elle uniquement à la donation-partage éventuellement annulée, ou l'arbitre ainsi désigné, qui se reconnaît compétent, interviendrait sur l'interprétation de cette dernière et les modalités liquidatives générées par cette donation-partage lors du règlement successoral ?

**564. Projet réforme du chapitre 12 de la loi fédérale du 18 décembre 1987 relatif à l'arbitrage international en Suisse :** L'article 358 du Code de procédure civile suisse dispose que : « *la convention d'arbitrage est passée en la forme écrite ou par tout autre moyen permettant d'en établir la preuve par un texte.* » Cette rédaction, moderne et concise, s'articule avec l'article 178 de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) qui énonce ce qui suit : « *1) quant à la forme, la convention d'arbitrage est valable si elle est passée par écrit,*

*télégramme, télex, télécopieur ou tout autre moyen de communication qui permet d'en établir la preuve par un texte.* 2) *quant au fond, elle est valable si elle répond aux conditions que pose soit le droit choisi par les parties, soit le droit régissant l'objet du litige et notamment le droit applicable au contrat principal, soit encore le droit suisse.* 3) *la validité d'une convention d'arbitrage ne peut pas être contestée pour le motif que le contrat principal ne serait pas valable ou que la convention d'arbitrage concernerait un litige non encore né.* » Le projet de réforme relatif au chapitre 12 de cette loi propose de modifier l'alinéa 1 de cet article ainsi qu'il suit : « *quant à la forme, la convention d'arbitrage est valable si elle est passée en la forme écrite ou par tout autre moyen permettant d'en établir la preuve par un texte* » (...) » et d'ajouter un alinéa 4, lequel disposerait que : « *les dispositions du présent chapitre s'appliquent par analogie à une clause d'arbitrage prévue dans un acte juridique unilatéral ou des statuts* ». Les conventions d'arbitrage sont le plus souvent passées entre deux parties ou plus. Du point de vue de la règle de conflits de lois, rien n'empêche déjà aujourd'hui de faire tomber les clauses arbitrales contenues dans des actes juridiques unilatéraux (par exemple testament, fondation, attribution de prix ou trust) dans le champ du critère de rattachement qui est la convention d'arbitrage (article 178 LDIP). La doctrine et la jurisprudence en matière d'arbitrage considèrent également qu'en principe, les litiges de droit des sociétés sont arbitrables et qu'en conséquence, les clauses d'arbitrage sont admissibles dans les statuts.

**565. Réflexion relative aux mémoires rédigés en langue anglaise :** Le projet de réforme du chapitre 12 relatif à l'arbitrage international en Suisse envisage de modifier l'article 77 alinéa 1, phrase introductive et 2 bis 1 ainsi qu'il suit : « *Le recours en matière civile, indépendamment de la valeur litigieuse, est recevable contre les décisions de tribunaux arbitraux: 2bis Les mémoires peuvent être rédigés en anglais.* »

**566. La dématérialisation de la convention d'arbitrage :** le droit de la famille n'est pas étranger à la dématérialisation. Les actes notariés sont pour la plus grande majorité signés électroniquement<sup>552</sup>. La seule exception concerne les actes qui ne peuvent l'être par nature à savoir ceux qui exigent le dépôt d'un document original. En outre, la signature électronique des actes notariés n'impose pas aux parties d'être présente au même moment au même endroit, ce qui permet une plus grande souplesse en cas d'éloignement géographique. L'écrit sous forme

---

<sup>552</sup> L'article 1369 du Code civil français dispose que « *l'acte authentique est celui qui a été reçu, avec les solennités requises, par un officier public ayant compétence et qualité pour instrumenter. / Il peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État. / Lorsqu'il est reçu par un notaire, il est dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi.* »

électronique est admis en preuve<sup>553</sup> et a la force probante<sup>554</sup>. Ainsi, une convention d'arbitrage, une clause compromissoire, rédigées en matière familiale pourrait être dématérialisées. Néanmoins, certains états membres de l'Union européenne peuvent formuler des réserves quant à la dématérialisation des actes qui relèvent du droit de la famille<sup>555</sup>. La procédure elle-même peut, et serait peut-être, également dématérialisée. L'instance s'ouvrirait via un courriel, il serait possible de saisir le Centre d'arbitrage par une requête en ligne. L'écran ferait un filtre qui permet de neutraliser une partie des émotions qui submergent le conflit. Toutefois quelques écueils peuvent être soulignés : d'une part, il est encore plus facile d'adresser un nombre conséquent de pièces dont la lecture sera chronophage pour l'arbitre, ainsi, au lieu d'avoir un système plus dynamique celui-ci pourrait se retrouver ralenti. D'autre part, les courriels peuvent être source d'interprétation, de mauvaises interprétations, ce qui peut ajouter des conflits inutiles, qui n'auraient pas existé autrement, et pour lesquels un contact humain, réel, hors visioconférence, sera bien souvent nécessaire pour les désamorcer. Quoiqu'il en soit, l'audience par visioconférence est possible, le déroulement de l'instance en ligne est également une réalité, la sentence pourra être notifiée aux parties par voie électronique, suivie de l'*exequatur* en ligne techniquement envisageable sauf si le juge de l'*exequatur* exige la production de l'original de la sentence pour l'annexer à sa décision.

**567.** L'arbitrage en ligne intégrera la routine, comme Internet s'est infiltré dans le quotidien de manière omniprésente et sans que les personnes n'en prennent conscience. En revanche, cette possibilité ne doit pas phagocyter l'arbitrage qui repose sur des échanges humains, sur des rencontres, sur le dialogue. Elle doit être envisagée comme une alternative et non comme une substitution afin de respecter la liberté des uns et des autres. Certains aduleront

---

<sup>553</sup> L'article 1316-1 du Code civil français dispose : « *l'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité.* »

<sup>554</sup> L'article 1366 du Code civil français dispose : « *l'écrit électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité.* »

<sup>555</sup> Article 9 de la Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique ») : « *traitement des contrats : 1. les Etats membres veillent à ce que leur système juridique rende possible la conclusion des contrats par voie électronique. Les Etats membres veillent notamment à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse pas obstacle à l'utilisation des contrats électroniques ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridiques de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique. 2. Les Etats membres peuvent prévoir que le paragraphe 1 ne s'applique pas à tous les contrats ou à certains d'entre eux qui relèvent des catégories suivantes : a) les contrats qui créent ou transfèrent des droits sur des biens immobiliers, à l'exception des droits de location ; b) les contrats pour lesquels la loi requiert l'intervention des tribunaux, des autorités publiques ou de professions exerçant une autorité publique ; c) les contrats de sûretés et garanties fournis par des personnes agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité professionnelle ou commerciale ; d) les contrats relevant du droit de la famille ou du droit des successions (...).* »

ce procédé qu'ils pourront suivre sur chacun de leurs objets connectés, d'autres au contraire voudront prendre du recul et auront besoin d'une écoute attentive et bienveillante pour surmonter leur épreuve. *A fortiori*, lorsque la sentence ne sera jamais acceptée par l'une des parties qui s'en accommodera pour éviter une douleur plus grande. Ce serait le cas, par exemple, dans le cadre d'un divorce franco-algérien où le père est reparti vivre en Algérie avec les enfants, à la suite d'une décision unilatérale de ce dernier, et qu'il est octroyé à la mère, après plusieurs années de silence, une semaine mère/enfant par an. Celle-ci n'admettra jamais cette décision mais elle la respectera pour voir ses enfants car le vide absolu serait trop cruel. En revanche, outre l'alternative arbitrage physique *versus* arbitrage en ligne, il est opportun d'envisager un arbitrage hybride où la dématérialisation, sans remplacer l'être humain, apporte une collaboration souple, productive, adaptée aux besoins des familles pour faciliter la résolution du conflit tout en garantissant la sécurité nécessaire à la procédure afin qu'elle reste confidentielle, ne fasse pas l'objet de piratage et soit adaptable à tous les foyers pour ne pas engendrer des coûts supplémentaires (liés à une éventuelle acquisition ou location de logiciels etc.) et ne pas faire un arbitrage à plusieurs vitesses entre les familles qui pourraient investir dans un arbitrage hybride et les autres.

**568. Absence de condition formelle : quid de la voie médiane d'une convention d'arbitrage fondée sur le régime juridique de la clause compromissoire ?** : La voie médiane d'un arbitrage organisée par l'insertion d'une clause compromissoire dans un contrat impose la vigilance. Cette solution peut être préconisée à des fins d'anticipation pour préparer l'esprit des parties à la résolution de leur éventuel litige par la voie de l'arbitrage, mais il faudrait avoir l'humilité de reconnaître que cette clause compromissoire pourrait être entièrement modifiée, re-rédigée, et ainsi être transformée en compromis. S'accorder sur le principe même de l'arbitrage en amont pour mieux le pratiquer en aval, quitte à rédiger vraiment les modalités pratiques, les règles procédurales, lors de la naissance du litige dans la mesure où l'opportunité de l'arbitrage aura été ouverte et réfléchi préalablement. Cette réflexion semble pertinente au moins à double titre. D'une part pour présenter aux parties l'arbitrage familial international et les familiariser avec cette pratique. D'autre part pour garantir l'efficacité de la convention d'arbitrage et qu'elle ne soit pas considérée comme une clause abusive du contrat.

**569. Convention d'arbitrage sur un régime juridique de clause compromissoire : clause abusive et autre danger** : Outre la contestation de la convention d'arbitrage qui n'aurait pas été établie sur le bon support (quid d'une clause compromissoire dans un contrat de mariage ?), le rédacteur d'une convention d'arbitrage suivant le régime juridique de la clause compromissoire doit garder à l'esprit qu'une convention d'arbitrage n'est pas un contrat



d'adhésion. Aussi, les clauses-types, les clauses modèles, qui seraient automatiquement insérées dans un contrat peuvent être dangereuses. L'arbitrage c'est du sur-mesure, de la haute couture, aussi, une clause standardisée sans négociation individuelle aurait un caractère abusif, ce que rappelle d'ailleurs la Cour de cassation le 30 septembre 2020<sup>556</sup>.

**570.** Une convention d'arbitrage qui serait contenue dans un changement de régime matrimonial (comme proposé ci-dessus par certains auteurs) devrait *a minima*- si juridiquement il n'y avait plus d'obstacles à ce type de clause – garantir une information réciproque des parties, une rédaction personnalisée au regard de leur situation familiale et de leurs patrimoines. Toutefois, la rédaction d'une telle clause dans ce type de contrat est épineuse : le contexte du changement de régime matrimonial est souvent celui de la défiance : soit de l'autre conjoint, soit des enfants, soit d'un créancier. En outre, un changement de régime matrimonial est susceptible d'avoir des répercussions sur des personnes tierces au contrat, et par conséquent, tierces à la convention d'arbitrage qui y serait contenue. Si dans un testament elle pourrait être admise comme charge successorale aux bénéficiaires de ce dernier, elle semble beaucoup plus difficile à imposer lorsqu'un changement de régime matrimonial influence directement les droits des tiers lors de la liquidation de ce dernier par divorce ou par succession, notamment ceux des créanciers. Imaginons une convention d'arbitrage insérée dans un acte de changement de régime matrimonial d'un couple international qui effectue cette modification pour ne pas rembourser un créancier : comment concevoir que cette clause puisse lui être opposée ? En revanche, pour un couple international sans enfant qui divorce alors qu'ils étaient mariés sous le régime de la communauté universelle, une convention d'arbitrage qui aurait été intégrée dans le changement de régime matrimonial semblerait pouvoir avoir une application plus aisée dans la mesure où l'économie de deux pays serait concernée et que le litige porterait par exemple sur la qualification d'un bien immobilier et la portée d'une clause de reprise des apports à la

---

<sup>556</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 30 septembre 2020, pourvoi n°18-19.241, arrêt n°556 : « (...) L'arrêt constate, d'abord, qu'aucun des courriels échangés entre les parties antérieurement à la signature du contrat ne fait état du recours à une procédure arbitrale pour le règlement des différends. Il relève, ensuite, que la clause compromissoire stipulée dans l'offre de services du 28 novembre 2008, rédigée en français, donnant compétence à la cour d'arbitrage civil et commercial de Madrid (CIMA) reprend les termes de l'article 15.2 des conditions générales en langue espagnole, et que la seconde offre de services du 22 juin 2010, ne comportant la même clause que dans les conditions générales en langue espagnole, cet élément conforte le caractère standardisé d'une clause type dans les contrats rédigés par la société PWC. Il retient, enfin, que, résidant en France, ne maîtrisant pas l'espagnol et désireuse de bénéficier en Espagne de conseils éclairés sur une succession complexe et litigieuse, Mme Y... n'était pas en mesure de négocier dans un rapport équilibré, les termes d'une clause compromissoire pré-rédigée par la société cocontractante, peu important la présence, à ses côtés, d'un employé de banque. / En l'état de ces constatations et appréciations souveraines, tenant compte de la nature des services prévus au contrat et de toutes les circonstances qui en ont entouré la conclusion, la cour d'appel qui a estimé, sans inverser la charge la preuve, que la société PWC ne démontrait pas que la clause standardisée obligeant le client non-professionnel à saisir, en cas de différend, une juridiction arbitrale, avait fait l'objet d'une négociation individuelle, a légalement justifié sa décision de ce chef. (...) »

communauté universelle. La liberté formelle, la liberté rédactionnelle relative, s'articulent avec les conditions de fond de la convention d'arbitrage (§2).

## **§2. Conditions de fond**

**571. Naissance du litige :** La convention d'arbitrage sera mise en œuvre, sur le plan international, pour un litige né ou à naître. Bien évidemment, la convention d'arbitrage doit porter sur un litige arbitral. En outre, le consentement à une telle convention doit exister et doit émaner d'une personne qui a la capacité et le pouvoir de compromettre.

**572. Existence du consentement :** L'arbitrage est une justice conventionnelle, aussi il faut pouvoir démontrer l'accord de volonté des intéressés. En cas de contentieux à ce sujet, ce qui est fort probable en droit de la famille où le prisme déformant du souvenir viendra à loisir modifier les volontés supposées des parties, il faudra alors étudier les éléments de faits et de droit qui prouveront l'existence d'un tel consentement et le moment de l'accord. Faut-il utiliser au moment du divorce une clause acceptée à l'heure insouciante du mariage, sans recul sur la situation, sans mesurer ses enjeux ? Faut-il blâmer la partie prévoyante et défendre la partie inconsciente ? Tout dépend. L'intervention de l'ordre public de protection sera assurément souhaitée dans certaines circonstances selon les intéressés concernés, particulièrement s'il s'agit d'une personne vulnérable. Néanmoins, celui-ci ne peut pas être opposé à chaque contestation. Il y a toujours une partie qui aime plus que l'autre, toujours une partie qui est plus conciliante que l'autre, toujours une partie plus intelligente que l'autre. Il faut composer avec. Le droit recherche l'égalité, la liberté des individus, le respect de leurs choix volontaires. Par conséquent, les décisions prises par des personnes capables qui ont le pouvoir de compromettre doivent être appliquées, si le consentement est intègre et non vicié. Les vices du consentement, l'erreur, le dol, la violence, ne doivent pas permettre d'extorquer une convention d'arbitrage. La nullité de ladite convention – sanction habituelle des vices du consentement – devra être invoquée. La qualité de l'arbitrage, justice conventionnelle, s'illustre par l'application des fondamentaux en droit des obligations : un consentement libre, éclairé, certain, actuel, non vicié.

**573. Capacité et pouvoir de compromettre :** Il est fondamental en droit de la famille

de protéger la partie faible, encore plus qu'en droit de la consommation ou dans d'autres domaines juridiques. Contrairement aux autres branches du droit, la partie faible en droit de la famille n'est pas seulement la partie qui n'a pas le domaine de compétence professionnel requis, c'est aussi l'enfant innocent, en danger, une personne malade, âgée, agonisante, etc., des personnes fragilisées par la vie soit momentanément soit plus durablement. Les débats qui ont existé lors de l'admission du principe de licéité de la clause compromissoire dans un contrat international de consommation, les doutes émis quant à la protection de la partie faible, à savoir le consommateur, seraient susceptibles de ressurgir avec une ampleur et des enjeux bien plus grands. L'admission d'une convention d'arbitrage ne peut s'effectuer qu'au regard du droit des personnes vulnérables. Outre la capacité et le pouvoir de compromettre intrinsèquement liés à la personne, il faut aussi que ces conditions soient réunies temporellement et arbitrables.

**574.** « Faudrait-il envisager une règle matérielle interdisant qu'une personne vulnérable puisse être de près ou de loin impliquée dans un arbitrage ?<sup>557</sup> » Une personne vulnérable, comme un enfant, pourrait selon le développement de l'arbitrage familial qui s'effectuera concerner un héritier, mais aussi, un enfant déplacé, un enfant qui nécessiterait le versement d'une pension alimentaire, etc.. « La méthode serait proche de celle adoptée dans l'article 4§3 du règlement aliments affirmant que les clauses attributives de juridiction sont exclues pour les litiges portant sur une obligation alimentaire à l'égard d'un enfant de moins de dix-huit ans ou d'un adulte vulnérable. Un tel interdit de principe condamnerait, par exemple, l'arbitrage en matière successorale chaque fois que la succession comporte un héritier mineur. La protection des personnes vulnérables n'exige pas une solution aussi abrupte.<sup>558</sup> » Il est vrai que dans cet exemple la solution semble extrême. Il faut aussi garder à l'esprit qu'une partie de la doctrine<sup>559</sup> milite pour le développement de l'arbitrage lorsqu'il est nécessaire d'organiser les modalités de l'exercice de l'autorité parentale, voire en cas d'enlèvement international d'enfant. Cette interdiction empêcherait leur arbitrage, si l'arbitrabilité de tels litiges était admise, puisque le litige impliquerait un mineur. Sans plaider en faveur de l'arbitrabilité extensive des litiges familiaux internationaux qui impliquent la présence d'une personne protégée, il est intéressant de réfléchir quant à l'application du raisonnement conflictuel, peu familier à l'arbitrage. « Elle [la protection des personnes

---

<sup>557</sup> FARGE M., *L'arbitrage et le contentieux familial international : deux mondes qui pourraient se rapprocher ?*, in Mélanges offerts à Geneviève PIGNARRE, un droit en perpétuel mouvement, LGDJ, 2018, p.338.

<sup>558</sup> FARGE M., *L'arbitrage et le contentieux familial international : deux mondes qui pourraient se rapprocher ?*, in Mélanges offerts à Geneviève PIGNARRE, un droit en perpétuel mouvement, LGDJ, 2018, p.338.

<sup>559</sup> ROMANO G. P. par exemple.

vulnérables] peut, nous semble-t-il, passer par le raisonnement conflictuel soumettant la capacité à la loi de la personne. La Convention de New York du 10 juin 1958 est en ce sens puisque son article 5 1 autorise le refus de reconnaissance d'une sentence arbitrale pour cause d'incapacité d'une partie de la convention d'arbitrage « en vertu de la loi à elle applicable ». Une telle solution conduirait, en France, à proscrire le recours à l'arbitrage chaque fois que la loi nationale de l'incapable (désignée sur le fondement de l'article 3 alinéa 3 du Code civil) l'interdit. Dans le cas inverse, il faudra solliciter différentes normes supranationales pour déterminer la loi applicable à sa protection et le juge compétent lorsque, par exemple, la loi désignée exige une autorisation judiciaire. Reste qu'il faudra que les systèmes juridiques désignés se soient penchés sur la capacité à compromettre et les modalités de protection des personnes vulnérables. Tel est le cas du droit français. Ainsi, « l'administrateur légal ne peut, sans l'autorisation préalable du juge des tutelles » : (...) « compromettre en son nom » (C. Civ., art. 387-1). Quant au tuteur, « il ne peut transiger ou compromettre au nom de la personne protégée (mineure ou majeure) qu'après avoir fait approuver par le conseil de famille ou, à défaut, par le juge des clauses de la transaction ou du compromis et, le cas échéant, la clause compromissaire » (C. civ., art 506). Ce maintien du raisonnement conflictuel en matière de capacité contredirait la propension du droit de l'arbitrage à chasser ce raisonnement au profit de la règle matérielle. Par ailleurs, la protection des personnes vulnérables exigera des connexions entre l'arbitre et les juges étatiques chargés de la protection des incapables. (...) <sup>560</sup> »

**575.** Cette question de la capacité s'apprécie également au regard d'un éventuel arbitrage par anticipation. Est-ce qu'il serait possible d'engager un arbitrage parallèlement à une instance en divorce, avant un décès entre les futurs héritiers ? Dans de telles hypothèses, non seulement la capacité des parties doit être étudiée mais également les interdictions légales susceptibles d'être en vigueur, comme la prohibition des pactes sur succession future dans l'hypothèse d'un arbitrage par anticipation en matière successorale. « Même s'ils la passent avant le décès de leur auteur, les héritiers ou légataires ne font que renoncer à un droit procédural, celui de saisir les juridictions étatiques, et n'opèrent aucune modification directe de leurs droits successoraux. <sup>561</sup> »

---

<sup>560</sup> FARGE M., *L'arbitrage et le contentieux familial international : deux mondes qui pourraient se rapprocher ?*, in Mélanges offerts à Geneviève PIGNARRE, un droit en perpétuel mouvement, LGDJ, 2018, p.338.

<sup>561</sup> FARGE M., *L'arbitrage et le contentieux familial international : deux mondes qui pourraient se rapprocher ?*, in Mélanges offerts à Geneviève PIGNARRE, un droit en perpétuel mouvement, LGDJ, 2018, p.340-341.

**576. Arbitrabilité :** L'arbitrabilité concerne assurément la nature du litige en cause mais aussi le temps de l'action. En ce qui concerne la nature du litige, il semblerait opportun que le prochain essor de l'arbitrage international se révèle dans le droit patrimonial de la famille. Temporellement, « *en matière alimentaire, l'arbitrage ne pourrait jouer que pour des aliments échus. Dans une autre perspective, l'arbitrage des intérêts pécuniaires liés à un divorce judiciaire (liquidation du régime matrimonial, et, peut-être, en pareil cas fixation de la compensation pécuniaire à venir) pourrait être engagé après le prononcé d'un « divorce sec », c'est-à-dire cantonné à la dissolution du lien matrimonial.* <sup>562</sup> »

**577.** Un des atouts de la convention d'arbitrage est son autonomie par rapport au contrat principal (Section II).

## **Section II - L'autonomie de la convention d'arbitrage**

**578. Présentation :** « *La clause d'arbitrage international s'impose à toutes les parties venant aux droits de l'un des cocontractants*<sup>563</sup> ». Elle « *est transmise avec le contrat principal sauf preuve de l'intitus personae dans la convention d'arbitrage*<sup>564</sup> ». Elle se transmet avec l'action contractuelle, « *sauf preuve de l'ignorance raisonnable de l'existence de cette clause*<sup>565</sup> ». En outre, « *la clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propres qui commandent d'en étendre l'application aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et dans les litiges qui peuvent en*

---

<sup>562</sup> FARGE M., *L'arbitrage et le contentieux familial international : deux mondes qui pourraient se rapprocher ?*, in Mélanges offerts à Geneviève PIGNARRE, un droit en perpétuel mouvement, LGDJ, 2018, p.340-341.

<sup>563</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 février 2000, *Sté Taurus Films et autres contre Sté Films du jeudi*, n°95-14330, Bull. civ. I, n°36, Rev. crit. DIP 2000, p.763, *opposabilité au mandataire substitué d'une clause compromissoire insérée dans le mandat*, note COIPEL-CORDONNIER N., RTD com. 2000.596, *la clause d'arbitrage international s'impose à toutes les parties venant aux droits de l'un des contractants*, note LOQUIN E., JCP E, 2001.1336, obs. AMMARD D.

<sup>564</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 28 mai 2002, *Sté Burkinabé des Ciments et Matériaux c. Sté des Ciments d'Abidjan*, Bull. civ., I, n°146, CLAY Th., obs. D., 2003.2471, Rev. arb. 2003.397, note COHEN D., Chron, RTD com., 2002.667, obs. LOQUIN E.. « *En matière internationale, la clause d'arbitrage, juridiquement indépendante du contrat principal, est transmise avec lui, quelle que soit la validité de la transmission des droits substantiels.* »

<sup>565</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 6 février 2001, *Peavey Company c. Organisme général des fourrages et autres*, Bull. civ., I, n°22, Rev. arb., 2001.765, note COHEN D., D., 2001.1135, obs. DELEBECQUE Ph., JCP G., 2001, II, 10567, note LEGROS C., Cont concu. Conso., 2001, n°6, p.10, note LEVENEUR L., RTD com., 2001, n°95, p.120, obs. MOUSSERON PI., NIBOYET M.- L., *Trois arrêts importants sur la portée des clauses d'arbitrage et de juridictions*, Cah. Arb., vol. I, p.97, SERAGLINI Ch., *Le transfert de la clause compromissoire dans les chaînes de contrat après l'arrêt Peavey*, Cah. Arb. Vol., I, p.87.

*résulter*<sup>566</sup> ».

**579. Principe d'autonomie, principe de séparabilité :** En cas de nullité du contrat, la convention d'arbitrage contenue dans celui-ci est indépendante et par conséquent valable. Ce principe d'indépendance et d'autonomie (§1) de la convention d'arbitrage n'est pas sans effet (§2) puisqu'il permet à l'arbitre désigné aux termes de cette convention de statuer sur sa compétence. Il peut ainsi annuler le contrat qui contenait sa désignation sans remettre en cause sa propre compétence.

### §1. L'indépendance et l'autonomie de la convention d'arbitrage

**580.** L'autonomie de la convention d'arbitrage est largement reconnue en droit international. Elle rayonne à plusieurs niveaux : à l'égard du contrat, à l'égard de la loi.

**581. Autonomie à l'égard du contrat :** Cette règle élaborée au fil du temps par la jurisprudence de la Cour de cassation a été reprise par la jurisprudence anglaise<sup>567</sup> pour intégrer les lois et règlements applicables à la matière. Le point de départ est fixé par l'arrêt *Gosset* en 1963<sup>568</sup>. Il en résulte logiquement qu'en raison de son autonomie si l'acte qui la contient n'est pas valable, la promesse faite par les parties de recourir à l'arbitrage demeure. Cette autonomie est consacrée même si cet accord est effectué par un acte séparé. Autonomie, indépendance, séparabilité, tels sont les termes qui permettent de protéger la convention d'arbitrage et de développer ses effets indépendamment des vicissitudes susceptibles d'affecter le contrat qui la contient, comme la nullité, la résolution, la résiliation, l'inexistence<sup>569</sup> ou encore n'est jamais

---

<sup>566</sup> CA PARIS, 1ère ch., 30 novembre 1988, n°06-20561, *société Korsnas Marma contre société Durand-Auzias*, Revue de l'arbitrage 1989, p.691, note TSCHANZ P.- Y..

<sup>567</sup> V. notamment *Court of Appeal*, Harbour Assurance Co. (UK) Ltd. V. Kansa General International Insurance Co. Ltd., du 25 au 28 janvier 1993, [1993] 1 Lloyd's Rep.455.

<sup>568</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 7 mai 1963 (sect.), *Etablissements Gosset contre Carapelli*, Bull. 1963, I, n°246 p.208, Rev. crit. DIP, 1963.615, note MOTULSKY H., D. 1963.545 note ROBERT J., JCP 1963, II, 13405, note GOLDMAN B., JDI 1964.82, 1ère esp., note BREDIN J.- D., Rev. arb. 1963.60, *Ecrits, études et notes sur l'arbitrage*, préf. REYMOND Cl., Dalloz 2010, p.340 : « (...) en matière d'arbitrage international l'accord compromissoire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles, une complète autonomie juridique excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte (...) ».

<sup>569</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 25 octobre 2005, pourvoi n°02-13252, D. 2005.3052 et 3060, obs. CLAY Th., D. 2006.199 avis SAINTE-ROSE J., Rev. arb. 2006.103, note RACINE J.- B., JDI 2006.996, note TRAIN F.- X. : « (...) qu'en application du principe de validité de la convention d'arbitrage et de son autonomie en matière internationale, la nullité non plus que l'inexistence du contrat qui la contient ne l'affectent (...) ».

entré en vigueur<sup>570</sup>. « La règle a été posée en France par la Cour de cassation dans l'arrêt Gosset en 1963 et fait l'objet d'une jurisprudence constante depuis. La jurisprudence et la doctrine anglaises ont eu plus de mal à l'admettre. Si une clause fait partie d'un contrat, comment peut-on l'isoler ? Ce n'est qu'en 1993 avec l'arrêt Harbour v. Kansa de la High Court puis de la Court of Appeal que la règle a été finalement admise, trente ans après sa consécration en France. Il s'agit sans doute aujourd'hui d'un des rares exemples de règle universellement reconnue en droit comparé. La loi-type de la CNUDCI, qui a eu pour objet de codifier le droit de l'arbitrage sous l'égide des Nations unies en 1985, l'a consacrée à son article 16-1, deuxième phrase. Il n'existe pas un seul règlement d'arbitrage qui ne l'incorpore, pas une seule loi qui ne la reprenne. La règle dégagée par l'arrêt Gosset en 1963 a aujourd'hui une valeur universelle.<sup>571</sup> » Cette reprise par le droit anglais n'a pas été rectiligne. « En 2006, la High Court a refusé de reconnaître le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage dans une affaire Fiona Trust dans une situation dans laquelle il était soutenu que le contrat avait été obtenu par corruption. Fort heureusement, la Court of Appeal, par un arrêt du 24 janvier 2007, est revenue sur ce faux pas et a réaffirmé le principe d'autonomie. La Chambre des Lords a approuvé la décision par un arrêt du 17 octobre 2007.<sup>572</sup> » Cette règle est essentielle pour permettre le développement de l'arbitrage familial international. Si ce dernier se développe suivant le régime juridique de la clause compromissoire, un contrat régulièrement pratiqué dans un Etat pourrait ne pas être admis dans un autre. Si cet Etat censé recevoir et exécuter l'acte l'annulait alors sans l'autonomie de la convention d'arbitrage, l'arbitrage en matière familial internationale perdrait de son efficacité.

## 582. Autonomie à l'égard de la loi étatique : « En matière d'arbitrage

---

Cette règle a été intégrée par le décret n°2011-48 du 13 janvier 2011. Depuis, l'article 1447 du Code de procédure civile français dispose que : « La convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci. / Lorsqu'elle est nulle, la clause compromissoire est réputée non écrite. »

<sup>570</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 6 décembre 1988, Navimpex, pourvoi n°86-14396, Bulletin 1988, I, n°343, p.233 : « qu'à l'appui de son recours en annulation, la société Navimpex soutenait que le contrat était inexistant faute d'avoir pu entrer en vigueur - en raison des manquements des parties -, ce qui priverait d'effet la clause compromissoire qui y était incluse ; que la cour d'appel a justement écarté ce moyen de nullité pris de l'article 1502.1° du nouveau Code de procédure civile en se fondant sur le principe d'autonomie de la clause compromissoire, lequel permet de se prévaloir de cette clause même lorsque le contrat signé par les parties n'a pu entrer en vigueur dès lors que le différend qui les oppose est lié à sa conclusion ; que ce seul motif suffit à enlever toute portée aux trois derniers griefs du moyen, qui sont préalables ».

<sup>571</sup> GAILLARD E., *L'apport de la pensée juridique française à l'arbitrage international*, JDI n°2, avril 2017, var.2.

<sup>572</sup> GAILLARD E., *La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international*, texte de la conférence donnée par la Cour de cassation le 13 mars 2007. Article disponible sur le site de la Cour de cassation, version consultable au 25 septembre 2019.

[https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf\\_2007/13-03-2007/13-03-2007\\_gaillard.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/13-03-2007/13-03-2007_gaillard.pdf)

*international, l'accord compromissoire présente une complète autonomie juridique. La clause compromissoire insérée dans un contrat international doit donc recevoir application et ce, quand bien même elle serait prohibée par la loi française.*<sup>573</sup> » Les prohibitions du droit français n'ont pas leur place en matière d'arbitrage international. La jurisprudence<sup>574</sup> établit une règle matérielle de droit international privé, règle matérielle de portée générale avec l'arrêt *Dalico*<sup>575</sup>. Ainsi, « (...) en vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence, et son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique (...) ». Ainsi s'achève le raisonnement relatif au conflit de lois. Pour sauver la convention d'arbitrage, la règle matérielle est affirmée, confirmée<sup>576</sup>, et le principe de validité est consacré<sup>577</sup>. Ces

<sup>573</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 4 juillet 1972, n°70-14163, arrêt *Hecht contre Société Buisman's*, Bull.civ. I, n°175, p.154, JDI Clunet 1972, p.843, note OPPETIT B., Rev. crit. DIP 1974, p.82, note LEVEL P., Rev. arb. 1974, p.89, RTD com. 1973.499, obs. LOUSSOUAM Y..

Voir aussi CA de PARIS, 13 décembre 1975, Rev. crit. DIP 1976, note OPETTIT B., JDI 1977, 107 note LOQUIN E., Rev. arb. 1977.147, note FOUCHARD Ph.

<sup>574</sup> Voir notamment : Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 30 mars 2004, *sté Uni-Kod c. Sté Ouralkali*, Bull. civ., I, n°95, Rev. arb., 2005.961, obs. SERAGLINI Ch., JCP G. 2004, II, note CHABOT G., RTD com. 2004.443, obs. LOQUIN E. : « attendu qu'en vertu d'une règle matérielle du droit de l'arbitrage international, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat qui le contient directement ou par référence ». Adde S. Bollée, *quelques remarques sur la pérennité (relative) de la jurisprudence Dalico et la portée de l'article IX de la Convention européenne de Genève*, JDI, 2006.127.

Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 22 novembre 2005, *Cie d'ass. AXA Corporate Solutions et a.C. Nemesis Shipping*, Bull., civ., I, n°420, JDI, 2004.1187, note S. Sana Chaillé de Néré, JCP E, 2006.1156, obs. BEGUIN J. : « la cour d'appel a ainsi légalement justifié sa décision au regard de la règle matérielle du droit de l'arbitrage selon laquelle il appartient à l'arbitre de se prononcer par priorité, sous le contrôle éventuel du juge de l'annulation, sur sa compétence, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage ».

Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 7 juin 2006, n°03-12.034, *Copropriété maritime Jules Verne et autres contre Sté American bureau of Shipping et autres*, Bull. civ., 2006, I, n°288, Rev. arb. 2006.945, note GAILLARD E., JDI, 2006.1384, obs. MOURRE A., JCP G., 2006, I, 187, p.2100, obs SERAGLINI Ch. : « le principe de validité de la convention d'arbitrage et celui de compétence-compétence sont des règles matérielles du droit français de l'arbitrage international (...) »

<sup>575</sup> Cass., civ 1<sup>ère</sup>, 20 Décembre 1993, n°91-16.828, *Comité populaire de la municipalité de Khoms El Mergeb contre Dalico Contractors*, Bull. 1993, I, n°372, p.258, JDI 1994, p.432, note GAILLARD E., Rev. arb. 1994.116 note GAUDEMET-TALLON H., Rev. crit. DIP 1994.663, note MAYER P., JDI 1994.690, note LOQUIN E., JurisData n°1993-00254.

<sup>576</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 30 mars 2004, pourvoi n°01-14311, Bull. 2004, I, n°95, p.76, RTD com., 2004.443, note LOQUIN E. ; JCP 2004, II, 10132, note CHABOT G., Rev. arb. 2005. 959 note SERAGLINI Ch. : « (...) en vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence, et son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique. (...) »

<sup>577</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 5 janvier 1999, n°96-21.430, *M. Zanzi ès qualité de curateur de la société Tripcovitch c. Coninck et al.*, Bull. civ., I, 1999, n°2, Rev. arb., 1999, p.260, note FOUCHARD Ph., Rev. crit DIP, 1999, p.546, note BUREAU D., RTD com., 1999, p.380, obs. LOQUIN E., D. et pat., 2000, n°79, p.110, note MOUSSERON P., JDI 1999.784, note POILLOT-PERUZETTO S. : « (...) En vertu de la règle de compétence-compétence, il appartient à l'arbitre de se prononcer sur la validité de son investiture, et la clause compromissoire est valable, dans l'ordre international, indépendamment de toute commercialité au sens du droit interne français. Il en résulte



solutions jurisprudentielles applicables à l'arbitrage commercial international pour favoriser son développement sont-elles transposables en matière d'arbitrage familial international ? Pourquoi pas. Si, *a priori*, il peut sembler dangereux d'écarter la méthode des conflits de lois, cela ne la place pas dans le domaine du « non-droit », ni « hors la loi ». Dans la lignée de cet arrêt, la clause d'arbitrage est valable indépendamment du contrat principal qui la contient. C'est l'effet d'immunité du principe d'autonomie, c'est l'affirmation d'un principe de validité de la clause d'arbitrage en matière internationale. En droit de la famille, cela impliquerait qu'une clause d'arbitrage en matière internationale contenue dans un testament conjonctif serait indépendante juridiquement. Autre point dégagé par cet arrêt, l'achèvement du raisonnement conflictuel : l'appréciation de l'existence ou de la validité de la convention d'arbitrage s'effectue par référence à la volonté des parties, sans raisonnement fondé sur une règle de conflit de lois, sans référence à un droit étatique. C'est l'émancipation du principe de l'autonomie d'une part au système de conflit de lois qui est évincé au profit d'une règle matérielle qui énonce directement la norme applicable, d'autre part, au regard de tout système étatique : seule la volonté des parties crée le lien de droit dans un contexte international. Une émancipation qui nécessite de trouver la place de l'autonomie de la volonté en matière familiale internationale. L'internationalité du litige rend la clause d'arbitrage valable, la seule limite à la liberté est celle de l'ordre public en matière internationale, or, en droit de la famille, cette réserve imprègne la matière. Il s'agit de réfléchir sur l'opportunité du principe.

---

*que la juridiction étatique est incompétente pour statuer à titre principal sur la validité de la clause compromissoire, et que l'article 2061 du Code civil est sans application dans l'ordre international. (...)»*

*Cass., civ. 1ère, 8 juillet 2009, Soerni, pourvoi n°08-16.025, Rev. arb. 2009.529, note COHEN D., D. 2009.2961, obs. CLAY Th., JCP G 2009, I, 462, § 5, obs. ORTSCHIEDT J. : « l'engagement d'une société à l'arbitrage ne s'apprécie pas par référence à une quelconque loi nationale mais par la mise en œuvre d'une règle matérielle déduite du principe de validité de la convention d'arbitrage fondée sur la volonté commune des parties, de l'exigence de bonne foi et de la croyance légitime dans les pouvoirs du signataire de la clause pour conclure un acte de gestion courante qui lie la société ; que l'arrêt retient exactement, d'abord, que la lettre d'exonération de responsabilité, faisant expressément référence aux "règles d'arbitrage du connaissance CLS", a été signée, pour la société Soerni, par M. Y..., seul contact de la société ASB pendant les négociations, cette dernière n'ayant été mise en garde, ni avant ni après la signature de la lettre, sur un éventuel défaut de pouvoir de ce salarié par les dirigeants de la société Soerni qui avaient au contraire tacitement ratifié l'opération en demandant un devis pour une assurance complémentaire ; puis que la volonté d'arbitrer de la société Soerni résulte de sa connaissance de l'existence d'une référence claire à la convention d'arbitrage dans la lettre d'exonération de responsabilité ; que la cour d'appel a décidé à bon droit que la société Soerni était engagée par la clause compromissoire ; que le moyen n'est pas fondé dans ses trois premières branches ».*

*Cass., civ.1ère, 28 janv. 2015, pourvoi n°13-24626, Rev. arb. 2015.278 : « Attendu qu'après avoir relevé que la société Rudis avait tiré du « protocole d'accord », ne contenant aucune disposition restrictive, le pouvoir d'agir seule en vertu de la clause compromissoire et avait qualité pour être seule bénéficiaire de l'accord à mettre en oeuvre pour résoudre le différend né de son inexécution, sans avoir à justifier d'un mandat spécial donné par les autres sociétés membres du groupement, la cour d'appel a décidé à bon droit, par application d'une règle matérielle déduite du principe de validité de la convention d'arbitrage, que cette société bénéficiait de la convention d'arbitrage sans avoir à justifier d'un mandat spécial pour compromettre ; que le moyen ne peut être accueilli ».*

**583. Opportunité du principe :** L'autonomie de la convention d'arbitrage favorise l'essor et l'efficacité de l'arbitrage international. La volonté, le consentement, sont pris en considération, respectés, et permettent de lutter contre les manœuvres dilatoires. Si, par principe, la convention d'arbitrage est valide, l'une des parties ne cherchera pas à la contester pour ralentir la procédure. Cela ne l'empêchera peut-être pas de le faire pour gagner du temps en prétendant que son histoire est exceptionnelle mais cela l'en dissuadera peut-être, *a minima*, ses conseils ne l'orienteront pas vers une telle voie qui serait perdue d'avance.

Reconnaître ce principe en droit de la famille, ce serait, par exemple, accueillir en France une convention d'arbitrage conclue aux termes d'un pacte sur succession future rédigé conformément au droit Suisse, même si le droit français prohibe un tel acte. Est-ce qu'il s'agirait également, autre exemple, de reconnaître le principe de la validité d'une convention d'arbitrage contenue dans une donation destinée à entretenir une relation bigame - ou d'une autre nature susceptible d'heurter l'ordre public en matière internationale - et qui serait remise en question ? Le principe de validité engage les parties à exécuter la sentence arbitrale et « *par l'effet de sa validité autonome, la clause d'arbitrage va attirer à elle toutes les parties qui en ont eu connaissance et sont réputées y avoir – au moins tacitement – consenti. De même, l'effet de la clause d'arbitrage s'étend à tous les contrats faisant partie d'un ensemble contractuel, dans lequel un seul contrat la stipule. Il y aura alors extension de la clause à des parties qui ne l'ont pas signée.*<sup>578</sup> » En droit de la famille, il n'est pas rare qu'un acte en impacte de nombreux autres. En matière successorale, un testament influence directement la rédaction de tous les actes qui dépendent de la succession et impose la rédaction d'actes spécifiques qui n'auraient pas été nécessaires dans le cadre d'une succession *ab intestat*. Ce principe de validité en matière familiale internationale impliquerait que la clause d'arbitrage contenue dans un testament verrait son effet étendu à tous les actes de la succession, comme par exemple l'acte de délivrance de legs, l'acte de partage. Dans l'hypothèse où une clause d'arbitrage contenue dans un contrat de gestation pour autrui serait reconnue valable, verrait-elle ses effets étendus à l'acte d'établissement de la filiation, à une convention d'adoption, à une convention qui organiserait un droit de visite et d'hébergement, à une convention liée à l'exercice de l'autorité parentale, à une renonciation anticipée à l'action en réduction, etc. ? Aussi, l'effet mobilisateur<sup>579</sup> de la

---

<sup>578</sup> ANCEL J.- P., *L'arbitrage international en France*, Arch. Phil. Droit 52 (2009), p.197-212, spéc. p.201-202.

<sup>579</sup> Notamment reconnu aux termes de l'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation, le 30 mars 2004, *Ouralkali*, pourvoi n°01-14311, Bulletin 2004 I N° 95 p. 76 : « *En vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence, et son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles*

clause d'arbitrage internationale, économiquement pertinent pour assurer l'intégralité du contentieux devant l'arbitre et éviter qu'à un contrat soit attribué un ordre juridique, ce qui générerait un éparpillement géographique et juridique du contentieux, serait-il tout autant pertinent en matière familiale ?

**584.** L'indépendance de la convention d'arbitrage n'est pas sans effet (§2).

## **§2. Effets de la convention d'arbitrage**

**585.** Les effets de la convention d'arbitrage entre les parties sont positifs et négatifs et impactent également des tiers.

**586. Effets entre les parties :** La convention d'arbitrage fonde la compétence du tribunal arbitral. Elle est attributive de compétence. Par conséquent, en parallèle, elle exclut logiquement celle des juridictions étatiques. Ainsi s'articule les effets positifs et négatifs de la convention d'arbitrage.

**587. Effet positif :** « *Seule la volonté commune des contractants a le pouvoir d'investir l'arbitre de son pouvoir juridictionnel*<sup>580</sup> ». La volonté des parties fonde la compétence du tribunal arbitral et exclut ainsi celle des juridictions étatiques, sauf si les parties décident d'y renoncer. Exit également les privilèges et immunités qui auraient pu être susceptibles d'être appliqués. Dès lors que l'arbitrage international est voulu, il est.

**588. Effet négatif :** Le corollaire de l'effet positif c'est donc l'exclusion de la compétence des tribunaux étatiques afin d'éviter qu'une partie ne saisisse la juridiction d'un état qui se déclarerait compétente pour résoudre le litige. La volonté des parties est prise en

---

*impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique. »*

<sup>580</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 19 mars 2002, société *The Levant Shipping Compagny c/ Société Romanian Air Transport Tarom*, pourvoi n°99-19878, Bull. 2002, I, n°94, p.73, JDI (Clunet), n°1, janv. 2003, 100009. « *Mais attendu que seule la volonté commune des contractants a le pouvoir d'investir l'arbitre de son pouvoir juridictionnel ; que la cour d'appel, qui a retenu le défaut de consentement commun des contractants à la disposition de l'Accord interétatique du 6 décembre 1980 prévoyant l'arbitrage de la CCI, en a justement déduit quel que pût être le caractère impératif de cet Accord dans l'ordre interne roumain auquel il avait été pourtant dérogé dans le contrat de 1985 l'absence de convention d'arbitrage dans le cadre de la CCI ; »*

considération afin qu'aucun juge étatique ne vienne déterminer la compétence d'un tribunal arbitral. Les alinéas un et deux applicables en matière internationale de l'article 1448 du Code de procédure civile français dispose que « *lorsqu'un litige relevant d'une convention internationale est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable. / La juridiction de l'Etat ne peut relever d'office son incompétence.* » En Angleterre et aux Etats-Unis, les « *anti-suit injunctions* » interdisent à une partie valablement liée par une convention d'arbitrage d'introduire ou de poursuivre une action en justice près d'une juridiction étatique. La Cour de justice des communautés européennes<sup>581</sup>, à la suite d'une question préjudicielle posée par la Chambre des Lords, a interdit une telle pratique au motif qu'elle porte atteinte au principe de la confiance mutuelle dans les rapports entre les Etats membres de l'Union européenne et est incompatible avec le règlement (CE) n°44/2001, du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dit règlement Bruxelles I.

**589.** Toutefois, cette incompétence n'est pas générale. Le juge étatique est compétent pour statuer sur les mesures provisoires et conservatoires. Aussi, en droit de la famille, un juge étatique serait en mesure de se prononcer sur l'attribution du logement de la famille, l'obligation de verser une pension alimentaire, la résidence d'un enfant, etc. Comme toute convention, celle-ci a des effets entre les parties, qu'en est-il à l'égard des tiers ?

**590. Effet à l'égard des tiers :** Outre les parties, d'autres personnes peuvent se trouver liées par la convention. A l'instar de l'arbitrage commercial international, pour lequel la jurisprudence est favorable pour reconnaître l'application d'une convention d'arbitrage à toutes les sociétés du même groupe, serait-il envisageable que la convention d'arbitrage s'étende à tous les membres d'une même famille ? De surcroît, la transmission à un tiers du contrat qui contient une convention d'arbitrage implique-t-elle une transmission automatique

---

<sup>581</sup> CJCE, 10 fév. 2009, aff. C-185/07, Allianz SpA, anciennement Riunione Adriatica di Sicurtà SpA et Generali Assicurazioni Generali SpA, contre West Tankers Inc., JDI 2009.1281, note AUDIT B., D.2009.981, note KESSEDJIAN C., Rev. arb. 2009.407, note BOLLEE S., Rev. crit. DIP 2009. 373, note MUIR WATT H., RD mar. 2009, obs. DELEBECQUE Ph., JCP 2009 n°3°, 227, note CALLE P., RDT civ., 2009.357, obs. THERY Ph.: « *compte tenu des considérations qui précèdent, il y a lieu de répondre à la question posée que l'adoption, par une juridiction d'un Etat membre, d'une injonction visant à interdire à une personne d'engager ou de poursuivre une procédure devant les juridictions d'un autre Etat membre, au motif qu'une telle procédure serait contraire à une convention d'arbitrage, est incompatible avec le règlement n° 44/2001.* » Ch. des Lords, 21 février 2007, Rev. crit. DIP, 2007.434, note L. USUNIER.

de cette dernière ?

**591. Extension au sein du groupe :** La place de la volonté dans l'arbitrage familial international est si grande qu'elle pourrait justifier l'extension à une personne membre de la famille, liée par un lien juridique, de sang ou d'alliance dans la mesure où celle-ci le souhaite.

**592. Transmission à un tiers :** « *la clause d'arbitrage international s'impose à toutes les parties venant aux droits de l'un des contractants*<sup>582</sup> ». « *En matière internationale, la clause d'arbitrage, juridiquement indépendante du contrat principal, est transmise avec lui, quel que soit la validité de la transmission des droits substantiels*<sup>583</sup> ». Préalablement, cette transmission était notamment admise en matière de cession de créance<sup>584</sup>, cession de contrat<sup>585</sup>, subrogation<sup>586</sup>. Les cas de cession de créance, cession de contrat, subrogation, novation, etc. s'appliquent au droit patrimonial de la famille. En matière de droit extrapatrimonial de la famille, la présence d'un tiers non originaire au rapport mais présent voire influent est fréquente. La jurisprudence existante s'extrapolera-t-elle à la matière familiale ? Il ne semble pas exister une incompatibilité logique à cela dans la mesure où « *la clause d'arbitrage, juridiquement indépendante du contrat principal (en tant que convention spéciale de procédure, distincte des clauses substantielles du contrat) est transmise avec le contrat en tant qu'accessoire indispensable à l'exécution de ce contrat, pour la parfaite réalisation de la volonté contractuelle. Il existe donc un véritable mécanisme de transmission contractuelle de la clause d'arbitrage. Le droit d'action (le droit d'aller à l'arbitrage) est transmis avec les droits substantiels stipulés dans le contrat principal*<sup>587</sup> ». Comme le droit des obligations s'allie au

---

<sup>582</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 février 2000, *Sté Taurus Films et autres contre Sté Films du jeudi*, n°95-14330, Bull. civ. I, n°36, Rev. crit. DIP 2000, p.763, *opposabilité au mandataire substitué d'une clause compromissoire insérée dans le mandat*, note COIPEL-CORDONNIER N., RTD com. 2000.596, *la clause d'arbitrage international s'impose à toutes les parties venant aux droits de l'un des contractants*, note LOQUIN E., JCP E, 2001.1336, obs. AMMARD D..

<sup>583</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 28 mai 2002, *Sté Burkinabé des Ciments et Matériaux c. Sté des Ciments d'Abidjan*, Bull. civ., I, n°146, CLAY Th., obs. D., 2003.2471, Rev. arb. 2003.397, note COHEN D., Chron, RTD com., 2002.667, obs. LOQUIN E.

<sup>584</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 5 janvier 1999 (*arrêt Zanzi*) et 19 octobre 1999, pourvoi n°97-13.253, rev. arb. 2000.85, note COHEN D., Rev. crit. DIP, 1999.832, note PATAUT E. ; JDI 1999.787, note S. POILLOT-PERUZZETTO.

Attendu rendu par la Cour de cassation le 19 octobre 1999, pourvoi n°97-13.253 : « *la clause d'arbitrage international, valable par le seul effet de la volonté des contractants, est transmise au cessionnaire avec la créance, telle que celle-ci existe dans les rapports entre le cédant et le débiteur cédé ; que dès lors, la cour d'appel a justement décidé que la clause d'arbitrage stipulée dans le contrat conclu entre la société Sud Marine et la société SNTM Hyproc s'imposait à la Banque générale du commerce, cessionnaire de la créance* ».

<sup>585</sup> PARIS, 28 janvier 1988, JDI 1989.1021, note LOQUIN E..

<sup>586</sup> PARIS 13 novembre 1992, Rev. arb. 1993.632, note GOUTAL J.- L., 6 février 1997.556, note MAYER P..

<sup>587</sup> ANCEL J.- P., *L'arbitrage international en France*, Arch. Phil. Droit 52 (2009), p.197-212, spéc. p.203. V. Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 6 février 2001, *Peavey Company c. Organisme général des fourrages et autres*, Bull. civ., I, n°22, Rev. arb., 2001.765, note COHEN D., D., 2001.1135, obs. DELEBECQUE Ph., JCP G., 2001, II, 10567, note

droit de l'arbitrage, les principes dégagés pour l'arbitrage commercial semblent transposables à la matière familiale internationale. Il faudra vérifier que le litige concerne un véritable ensemble contractuel qui lie toutes les parties qui ont des intérêts communs et que la transmission soit juridiquement établie.

---

LEGROS C., Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 27 mars 2007, pourvoi n°04-20.842, arrêt n°513, *Alcatel*, Bull. civ. 2007, I, n°129 : *Dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, la clause compromissoire est transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action lui-même accessoire du droit substantiel transmis, sans incidence du caractère homogène ou hétérogène de cette chaîne. L'effet de la clause d'arbitrage international s'étend aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et les litiges qui peuvent en résulter. Une cour d'appel a jugé à bon droit que deux sociétés, filiales d'une entreprise, intervenues dans le cadre de l'agrément du composant électronique litigieux, étaient en droit de se prévaloir à l'égard de l'acquéreur et de son assureur subrogé de la clause d'arbitrage à laquelle leur société mère était partie, transmise dans une chaîne de contrats.*



## Conclusion du Chapitre 2

**593. Efficacité de la convention d'arbitrage :** « *La Cour d'appel a souverainement décidé, par une recherche de la commune intention des parties permettant d'assurer l'efficacité de la convention d'arbitrage (...)*<sup>588</sup> ». Si, « *les principes qui consacrent [...] l'efficacité de l'arbitrage*<sup>589</sup> » sont nombreux, les incertitudes relatives à la mise en œuvre de l'arbitrage familial international le sont aussi.

**594.** Aucune condition de forme n'est imposée à la convention d'arbitrage qui peut être contenue dans un contrat, une télécopie, un e-mail, ou simplement oralement édictée. L'oralité en la matière interpelle : les paroles respectées sont rares, la preuve n'est pas aisée. Sur le fond, la mise en œuvre de l'arbitrage familial international divise la doctrine. Il serait possible de dégager trois grandes tendances : ceux qui considèrent que le litige doit être né, ceux qui s'interrogent sur l'anticipation des litiges éventuels afin de mieux les gérer lorsqu'ils surviennent et enfin ceux qui, par leur pratique quotidienne, considèrent que le débat est clos. Cette troisième catégorie concerne notamment les praticiens Autrichiens et Allemands qui appliquent les conventions d'arbitrage contenues dans les testaments. Si cette pratique existe, il n'en demeure pas moins que le débat intellectuel reste ouvert : les réponses ne sont pas si évidentes. Il est normal de se demander si les héritiers sont tenus à cette convention comme une charge qui pèse sur leur héritage, si l'arbitre dispose de tous les pouvoirs ou un domaine d'intervention plus limité. En outre, en France, la prohibition des pactes sur successions futures semble empêcher une telle solution pratique. Trancher ce débat doctrinal en faveur de l'admission d'une telle clause dans un testament, c'est remettre en question la prohibition des pactes sur successions futures et ainsi ouvrir la boîte de Pandore.

**595.** A moins que l'autonomie et l'indépendance de la convention d'arbitrage permettent une telle reconnaissance en matière internationale sans tout remettre en question. Quoiqu'il en soit, cela ne sera pas sans effet. Indépendamment de ce débat, l'autonomie et l'indépendance de la convention d'arbitrage sont une force de l'arbitrage international et lui permette de développer de nombreux effets, à l'égard des parties bien évidemment, mais aussi à l'égard des tiers, des juridictions étatiques, et ceux-ci sont susceptibles d'être étendus.

---

<sup>588</sup> Cass., civ. 2<sup>ème</sup>, 28 mars 2002, *Middle East Agricultural & Trading Cy Ltd c. Sté Avicola Bucuresti*, inédit.

<sup>589</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 7 juin 2006, n°03-12.034, *Copropriété maritime Jules Verne et autres contre Sté American bureau of Shipping et autres*, Bull. civ., 2006, I, n°288, Rev. arb. 2006.945, note GAILLARD E., JDI, 2006.1384, obs. MOURRE A., JCP G., 2006, I, 187, p.2100, obs SERAGLINI Ch..





## Conclusion du Titre 1

**596.** Très concrètement, la mise en œuvre de l'arbitrage familial international n'est pas simple. Le contexte international, le mélange des cultures, l'absence de repères familiaux organisent un flou qui pourrait s'organiser avec l'arbitrage, institution flexible qui sait s'adapter aux différentes formes familiales, pour les litiges qui portent sur les droits patrimoniaux, disponibles.

**597.** A chaque famille, à chaque conflit, pourrait s'inventer un tribunal. Ce tribunal arbitral qui aurait plusieurs caractéristiques comme par exemple l'efficacité, par la volonté de gérer activement le dossier, la spécialisation, la sphère familiale augmentée par les recompositions, constitue une nébuleuse où il pourrait être intéressant de voir exceller des arbitres spécialisés pour une justice de qualité, la confidentialité pour protéger notamment l'intérêt de l'enfant. La discrétion de l'arbitrage est une force pour que la situation difficile vécue par un enfant ne soit pas relayée publiquement, notamment pour faciliter sa vie scolaire, associative, sociale. Un des écueils de ces caractéristiques est fondé sur la subjectivité et la relativité de ces concepts. Une gestion active, pro-active, du dossier, peut s'avérer, en pratique très (trop) longue. Indépendamment de la bonne volonté de l'arbitre, une procédure ordinaire de plusieurs mois, éventuellement prorogée pour diverses raisons, peut avoir des répercussions psychologiques sur certains membres de la famille, notamment les enfants. A l'inverse, une décision trop rapide pourrait bouleverser l'univers de l'enfant qui n'aurait pas le temps de dire au revoir à ses camarades d'école en cas de décision de déménagement brutale, par exemple. Comment uniformiser juridiquement des situations aussi sensibles et variées ? Aussi, envisager un tribunal arbitral pour répondre à chaque famille semble utopique. Ce qui sera bon pour une famille, ne le sera pas nécessairement pour une autre. La subjectivité en matière familiale est si forte, l'irrationnel a une place tellement importante, que juridiquement, la mise en œuvre de l'arbitrage familial international dans la sphère extrapatrimoniale ne semble pas souhaitable. La sphère patrimoniale a le mérite d'offrir une structure plus cartésienne qui s'adapte au droit, converge vers l'équité, de telle sorte que les règles applicables à l'arbitrage commercial international semblent plus naturellement transposables.



## Titre II - La phase post-arbitrale

---

**598.** La phase post-arbitrale de l'arbitrage suppose de bien définir la sentence arbitrale. En effet, celle-ci n'est pas sans enjeux. Une définition étroite de la sentence arbitrale permet de limiter le recours au juge étatique, ce qui favorise l'essor de l'arbitrage international. Mais, si la définition étroite limite au maximum l'intervention du juge étatique jusqu'au prononcé de la sentence arbitrale, les enjeux concernent également la procédure de *l'exequatur* et le recours en annulation. Ainsi, la définition présentée dans le premier chapitre impacte le développement du chapitre second.



## CHAPITRE 1 - LA SENTENCE ARBITRALE

**599.** « *Final and binding*<sup>590</sup> », ainsi raisonne en droit international la sentence de la sentence, définitive et contraignante. La sentence arbitrale s'impose aux parties, elle « *revêt un caractère obligatoire*<sup>591</sup> » et ce « *quel que soit le pays où elle a été rendue*<sup>592</sup> ». La sentence arbitrale est une décision juridictionnelle qui a l'autorité de la chose jugée<sup>593</sup> et qui n'est susceptible d'aucun recours, sauf exception expressément convenue par les parties lorsque cela constitue un élément essentiel qui détermine leur choix pour l'arbitrage.

**600.** La sentence arbitrale est une caractéristique de l'arbitrage qui lui confère le statut d'institution juridictionnelle privée et le distingue des modes alternatifs de règlement des différends qui ont pour finalité de mettre fin à des litiges de manière non juridictionnelle. Comment distinguer la conciliation, la médiation de l'arbitrage ? simplement en sachant que les parties ont voulu désigner un tiers – un arbitre – pour rendre une décision qui s'imposera obligatoirement à elles. Ce n'est pas un accord destiné à saisir un juge, ce n'est pas un accord transactionnel, ce n'est pas une expertise, c'est une décision qui a force obligatoire et qui émane

---

<sup>590</sup> Article 36 du règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm ; article 27 du règlement d'arbitrage de l'AAA, article 24 du règlement CEPANI, article 26-9 de la LCIA Arbitration Rules, article 32 du règlement d'arbitrage de la CNUDCI, Article 58 de la loi anglaise *Arbitration Act* de 1996 : « *effect of award (1) Unless otherwise agreed by the parties, an award made by the tribunal pursuant to an arbitration agreement is final and binding both on the parties and on any persons claiming through or under them. (2) This does not affect the right of a person to challenge the award by any available arbitral process of appeal or review or in accordance with the provisions of this Part.* » ie « *sauf décision contraire des parties, une sentence rendue par le tribunal en vertu d'un accord d'arbitrage est définitive et contraignante pour les parties ainsi que pour tous ceux qui réclament par leur intermédiaire ou en vertu de celles-ci ./ Cela n'affecte pas le droit d'une personne de contester cette sentence par tout processus d'arbitrage disponible en révision ou conformément aux dispositions par la présente partie.* » etc.

<sup>591</sup> Article 28.6 du règlement d'arbitrage de la CCI.

<sup>592</sup> Article 35 de la loi-type de la CNUDCI : « *la sentence arbitrale, quel que soit le pays où elle a été rendue, est reconnue comme ayant force obligatoire* ».

<sup>593</sup> Article 1484 du Code de procédure civile français : « *La sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche* ». Il est également possible de citer l'article 190 de la loi suisse de droit international privé : « *La sentence est définitive dès sa communication. / Elle ne peut être attaquée que : a. lorsque l'arbitre unique a été irrégulièrement désigné ou le tribunal arbitral irrégulièrement composé ; b. lorsque le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ; c. lorsque le tribunal arbitral a statué au-delà des demandes dont il était saisi ou lorsqu'il a omis de se prononcer sur un des chefs de la demande ; d. lorsque l'égalité des parties ou leur droit d'être entendues en procédure contradictoire n'a pas été respecté ; e. lorsque la sentence est incompatible avec l'ordre public. / En cas de décision incidente, seul le recours pour les motifs prévus à l'alinéa 2, I et a. et b., est ouvert ; le délai court dès la communication de la décision.* »

d'une juridiction privée.

**601.** Si quelques maladroites rédactionnelles peuvent entraîner des confusions sémantiques, liées notamment aux difficultés de traduction, l'arbitrage se distingue des institutions voisines sur deux points fondamentaux : d'une part, le recours à un tiers, d'autre part, la décision obligatoire qui s'impose aux parties : le tiers rend une décision qui tranche définitivement le litige<sup>594</sup>, cette décision c'est la sentence arbitrale, péremptoire.

**602.** Finalement, la sentence arbitrale pourrait en quelque sorte être résumée par une analogie avec les quatre vertus cardinales : la sentence arbitrale est prudente - elle est la sagesse dont dispose la raison pour discerner en toute circonstance le bien - ; c'est aussi la tempérance qui assure la maîtrise de la volonté, la force obligatoire qui s'impose aux parties, et enfin la justice, rendre une décision de justice, justice privée, justice non étatique, avec éventuellement le soin d'être juste, c'est-à-dire d'avoir la volonté de donner à chacun ce qui lui est dû.

**603.** Mais plus qu'une analogie, la présentation juridique de la sentence arbitrale (section I) permet de mieux appréhender ses effets (section II).

## **Section I - Présentation de la sentence arbitrale**

**604.** Présenter la sentence arbitrale c'est connaître sa définition (§1) et la manière dont celle-ci se forme (§2).

### **§1. Définition**

**605. Un acte juridictionnel privé :** La sentence arbitrale est un acte juridictionnel privé. De manière plus développée, c'est un « *acte juridictionnel d'un tribunal arbitral qui tranche de manière définitive, en tout ou partie, le litige qui lui a été soumis, que ce soit sur le fond, sur la compétence ou sur un moyen de procédure qui le conduit à mettre fin à*

---

<sup>594</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 8 mars 2005, n°02-17.578, Rev. arb. 2005, p.1050, obs. JARROSSON Ch. : « *est sans ambiguïté compromis d'arbitrage le document prévoyant le recours à un tiers et le caractère obligatoire pour les parties de ses conclusions, et ce, malgré l'emploi concomitant des termes expert et expertise* », voir aussi CA de PARIS, 4 octobre 2002, JCP G 2003, I, 105, n°12, obs. ORTSCHIEDT J., Rev. arb. 2003, 143, note BENSUAUDE : « *la qualification de la sentence n'est pas fonction des termes retenus par l'arbitre ou les parties* ».

*l'instance*.<sup>595</sup> » La sentence arbitrale n'est pas un avis émis dans le cadre d'une procédure de conciliation ni un préambule nécessaire avant la saisine d'une juridiction étatique<sup>596</sup>. La sentence arbitrale n'est pas un accord qui résulte des négociations des parties, par elles-mêmes, qu'elles accepteraient pour elles-mêmes. C'est, au contraire, une décision prise par un tiers qui s'impose obligatoirement aux parties. La sentence arbitrale, au cœur de l'arbitrage, l'éloigne des modes alternatifs de règlement des conflits comme la conciliation ou la médiation, mais le rapproche par sa volonté d'apaisement, de confiance, de loyauté, de fuir un contentieux obtus, passionnel et/ou violent.

**606.** L'article 1478 du Code de procédure civile, article non applicable à l'arbitrage international en vertu de l'article 1506 du Code de procédure civile, dispose que « *le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit à moins que les parties lui aient confié la mission de statuer en amiable composition.* » Cet article offre deux perspectives, l'arbitrage en droit et l'arbitrage en amiable composition. Dans les deux hypothèses, l'arbitre doit respecter les règles impératives. En ce sens, la jurisprudence a pu préciser qu'« *il appartient à l'arbitre, hors les cas où la non-arbitrabilité relève de la matière, de mettre en œuvre les règles impératives du droit, sous le contrôle du juge de l'annulation*<sup>597</sup> », « *les arbitres, amiables compositeurs, sont tenus de respecter les règles de fond touchant à l'ordre public fondamental*<sup>598</sup> ». La Cour d'appel de Paris précise encore « *le compromis d'arbitrage qui confie des pouvoirs d'amiable composition à l'arbitre désigné afin de régler le litige entre les parties ne fait pas, pour autant, obligation à celui-ci de renoncer à prendre en considération les règles de droit qu'elles se sont données par convention*<sup>599</sup> » En droit ou en amiable composition, le respect des frontières entre les litiges arbitrables et non-arbitrables, entre les

---

<sup>595</sup> GUINCHARD S. et DEBARD Th. (ss dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 27<sup>ème</sup> édition, 2019-2020, p.989, définition non codifiée en France qui est d'origine prétorienne aussi voir PARIS, 11 avril 2002, JCP G 2003, I, 105, n°12, obs. ORTSCHIEDT J., Rev. arb. 2003, 143, note BENSAUDE. CA de PARIS, 1<sup>ère</sup> ch. urg., 25 mars 1994, rev. arb. 1994, 391, note Ch. Jarrosson « *actes d'arbitres qui tranchent de manière définitive, en tout ou en partie, le litige qui leur a été soumis, que ce soit sur le fond, sur la compétence ou sur un moyen de procédure qui les conduit à mettre fin à l'instance* » Comp., pour une définition plus large, indispensable dans certains cas, exigeant que le Tribunal arbitral qui est l'auteur de la sentence, offre « des garanties suffisantes d'impartialité et d'indépendance ». T. féd., Suisse, 15 mars 1993 – ATF 119 II 271, JDI 1996. 735, chron P. Lalive et M. Scherer » in Dalloz droit du commerce international p. 27 s/54.

<sup>596</sup> « *le règlement d'une commission interprofessionnelle d'arbitrage, qui prévoit, en cas de litige, un arbitrage suivant une procédure débouchant sur un avis arbitral de conciliation, qui, s'il n'est pas accepté par toutes les parties, les autorise à saisir le tribunal de commerce, n'organise pas un arbitrage mais une procédure de conciliation* » Cass., civ. 2<sup>ème</sup>, 7 juillet 1971, JCP G 1971, II, 16898, note LEVEL P.

<sup>597</sup> Cass., com., 9 avril 2002, n°98-16.829 P : D. 2003. 1117, note DEGOS L. et Somm. 2470, obs. CLAY Th. ; Procédures 2002, n°162, note CROZE ; JCP E 2002, n°1555, note GOUT ; JCP G 2002, II, 10154, note REIFERGERSTE ; *ibid.* 2003. I. 105, n°2, obs. SERAGLINI ; Dr. et pr. 2002.347, note MARMAYOU ; Rev. arb. 2003. 104, note DIDIER.

<sup>598</sup> Cass., civ. 2<sup>ème</sup>, 20 décembre 1965, Bull. civ. II, n°1056 ; Rev. arb. 1966. 16.

<sup>599</sup> CA de PARIS, 14 janvier 2003, n°00-19.833, Gaz. Pal., 17 juin 2003, n°168, p.24, note J. MASSIP, RTD com. 2003. 478, obs. DUBARRY et LOQUIN E., D.2003.IR. 2486.



litiges internes et internationaux, ainsi que des règles d'ordre public sont évidentes. En revanche, en amiable composition, l'arbitre peut écarter les règles légales supplétives pour statuer en équité. La jurisprudence a notamment effectué en ce sens les précisions suivantes : « *l'amiable composition suppose qu'il résulte du libellé du compromis la volonté clairement exprimée de dispenser les arbitres d'appliquer la règle de droit*<sup>600</sup>. » « *En autorisant l'arbitre à statuer ex aequo et bono, les parties admettent que celui-ci peut s'écarter de la règle légale*<sup>601</sup>. » « *Les arbitres ne font qu'user de leurs pouvoirs d'amiables compositeurs, qui les dispensent d'appliquer les règles de droit, lorsqu'ils tempèrent la rigueur des principes par des considérations d'équité*<sup>602</sup> ».

**607.** La clause d'amiable composition ne concerne que les parties entre elles. Elle n'est pas opposable au tiers intervenant volontaire, contrairement au compromis. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence a ainsi indiqué que « *la clause d'amiable composition ne lie pas le tiers intervenant volontaire auquel seul le compromis est alors opposable*<sup>603</sup> » Cet arrêt a été critiqué « *sur le fondement de la doctrine (...), il nous apparaît que si les parties acceptent l'intervention d'un tiers, ce dernier devient alors partie à la convention d'arbitrage comme s'il l'avait signée dès l'origine et toutes les clauses de cette convention lui deviennent opposables*<sup>604</sup> ».

**608. Une décision de justice internationale :** La définition de la sentence arbitrale a été précisée au fil du temps par la jurisprudence. La Cour de cassation l'a même qualifiée, dans l'arrêt *Putrabali*, de « *décision de justice internationale*<sup>605</sup> ». La qualifier ainsi, ce n'est pas la placer sur un piédestal, c'est reconnaître les enjeux qui en découlent. Une sentence arbitrale peut être revêtue de *l'exequatur* et faire l'objet d'un recours en annulation, aussi, les enjeux sont importants et la qualification est déterminante. Par conséquent, « *la qualification de la*

---

<sup>600</sup> Cass., civ. 2<sup>ème</sup>, 13 mai 1991, pourvoi n°89-20.629.

<sup>601</sup> CA de PARIS, 14 janvier 2003, n°00-19.833, Gaz. Pal., 17 juin 2003, n°168, p.24, note J. MASSIP, RTD com. 2003. 478, obs. DUBARRY et LOQUIN E., D.2003.IR. 2486.

<sup>602</sup> CA de PARIS, 10 mars 1981, Rev. ar. 1982, 214, note MEZGER.

<sup>603</sup> CA d'AIX-EN-PROVENCE, 2<sup>ème</sup> ch. civ., 14 septembre 1982, *Société Savarex c/ Société Riviera Plant Company*, Rev. arb. 1983, 327, note BERNARD.

<sup>604</sup> BERNARD Th., note sur l'arrêt de la Cour d'AIX-EN-PROVENCE, 14 septembre 1982 2<sup>ème</sup> ch. civ., 14 septembre 1982, *Société Savarex c/ Société Riviera Plant Company*, Rev. arb. 1983 n°3, p.334.

<sup>605</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 juin 2007, *Sté PT Putrabali Adyamulia c. sté Rena Holding et sté Mnogutia Est Epices* (2 esp.), Bull. civ., I, n°250 et 251 ? Rev. arb., 2007.507, rapport ANCEL J.- P., note GAILLARD E., RJDA, 2007.883, note ANCEL J.- P., P.A., 2007, n°192, p.20, note de BOISSESON M, D., 2007. Actu. Jur. 1969, note DELPECH X., JDI, 2007, n°4, note CLAY Th., Gaz. Pal., 2&-22 novembre 2007, p.14, note PINSOLLE Ph.. : « *mais attendu que la sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées* ».

*sentence n'est pas fonction des termes retenus par l'arbitre ou les parties*<sup>606</sup> », mais elle est bien établie en fonction de ses caractéristiques intrinsèques. Rejeter la qualification effectuée par les parties c'est méconnaître leur volonté pour se fonder sur des critères objectifs pour assurer certaine une sécurité juridique.

**609. Une décision définitive :** La sentence arbitrale est définitive, par conséquent, les arbitres ne peuvent pas réviser ultérieurement son contenu. Pour les besoins de la procédure, une sentence peut être précédée de sentences partielles - qualifiées aussi d'intérimaires, d'interlocutoires, etc. – « *Les arbitres sont tenus de rendre des sentences partielles si les parties se sont prononcées en ce sens. Dans le silence des parties, les arbitres utilisent la technique de la sentence partielle s'ils le jugent opportun. Les sentences partielles doivent être soigneusement distinguées des « ordonnances de procédure » prises par les arbitres – souvent le président – en cours d'instance et qui sont des actes dictés par les nécessités de la conduite de l'instance, toujours susceptibles d'être rapportés, éventuellement après débat : nomination d'un expert, prolongation d'un délai, moyens et modes d'appréciation des preuves... Au contraire des sentences, les ordonnances de procédure ne sont pas susceptibles de recours.*<sup>607</sup> »

**610.** L'utilité des sentences partielles, des ordonnances de procédure, en droit de la famille semble évidente, en cas de mesures provisoires, conservatoires, urgentes, dans l'intérêt de l'enfant notamment.

## § 2. Formation de la sentence arbitrale

**611. Une décision délibérée :** Former la sentence arbitrale, c'est prendre la décision et l'élaborer. Comme la sentence arbitrale est un acte juridictionnel, celle-ci doit être prise en toute indépendance, par un arbitre unique ou un tribunal collégial. Truisme ou lapalissade, lorsque l'arbitre est unique, il délibère seul. Dans l'hypothèse d'un tribunal arbitral collégial, en l'absence d'unanimité, dans l'arbitrage commercial international, deux solutions existent : soit la décision est prise à la majorité des arbitres, soit la décision peut être prise par le président

---

<sup>606</sup> Opus cit. CA de PARIS, 4 octobre 2002, JCP G 2003, I, 105, n°12, obs. ORTSCHIEDT J., Rev. arb. 2003, 143, note BENSUAUDE : déjà citée, cf note de bas de page au moment où j'évoque les maladroites rédactionnelles dans le chapeau entre le chapitre 1 et la section 1, pour un ordre d'idée, note de bas de page n°419 lorsque celle-ci est la numéro 430.

<sup>607</sup> Dalloz droit du commerce international p. 28 et 29 sur 54.

du tribunal arbitral qui agit seul. Solutions à la discrétion de la volonté des parties et/ou de celles des arbitres, dilemme de volontés qui peut dans certains cas être tranché par la loi et/ou un règlement applicable.

**612.** L'article 1513 du Code de procédure civile français dispose que : « *dans le silence de la convention d'arbitrage, la sentence est rendue à la majorité des voix. Elle est signée par tous les arbitres. / Toutefois, si une minorité d'entre eux refuse de la signer, les autres en font mention dans la sentence. / A défaut de majorité, le président du tribunal arbitral statue seul. En cas de refus de signature des autres arbitres, le président en fait mention dans la sentence qu'il signe alors seul. / La sentence rendue dans les conditions prévues à l'un ou l'autre des deux alinéas précédents produit les mêmes effets que si elle avait été signée par tous les arbitres ou rendue à la majorité des voix.* »

**613. Solution en cas de discordance entre les arbitres :** Cet article a le mérite de conférer toute liberté au président du tribunal arbitral en cas de discordance entre les arbitres. Ces épineuses difficultés sont aisées à imaginer en droit de la famille tant la matière est sensible. Si l'arbitrabilité d'un litige autour de la pertinence d'une vie (début de vie – interruption de grossesse, milieu de vie – situation de handicap –, fin de vie – problématique du grand âge) était retenue et diviserait, par exemple, les membres d'une famille néerlandais-brunéenne, serait-ce opportun que la décision repose sur les épaules d'un seul – le président du tribunal arbitral – tant les positions étatiques et familiales peuvent être diamétralement opposées ? Serait-ce équitable que le président de ce tribunal arbitral puisse faire abstraction des vues des autres arbitres quand bien même seraient-elles inconciliables ? Ne devrait-il pas rechercher à tout prix une majorité qui rallierait tous les arbitres ou serait-ce rechercher l'impossible ?

**614.** Cette recherche de consensus ne pourrait-elle pas être favorisée par l'élaboration d'un délibéré qui précéderait la sentence arbitrale ? En matière d'arbitrage commercial international, lorsque le tribunal est composé de plusieurs arbitres, la décision doit impérativement être précédée d'un délibéré. A défaut, cela constituerait une cause d'annulation de la sentence au motif qu'elle serait contraire à l'ordre public en matière internationale. L'arbitre doit être en mesure de participer au délibéré, peu importe s'il refuse, l'essentiel c'est qu'il puisse participer. Le refus de l'arbitre de participer au délibéré ne constitue pas une cause de nullité en elle-même. Le délibéré est secret.

**615. Le délibéré :** Délibérer avec soi-même ne génère, généralement, que peu de contestations. L'importance d'un délibéré se manifeste en cas de pluralité d'arbitres. Dans cette

hypothèse, l'exigence est telle qu'elle relève de l'ordre public en matière internationale<sup>608</sup>. Impératif, son absence exposerait la sentence à un recours en annulation ou à un refus *d'exequatur*. Toutefois, aucune condition formelle n'est requise. Le délibéré peut soulever une divergence entre les arbitres. Pour rappel, l'article 1513 du Code de procédure civile français dispose que « *dans le silence de la convention d'arbitrage, la sentence est rendue à la majorité des voix. Elle est signée par tous les arbitres. / Toutefois, si une minorité d'entre eux refuse de la signer, les autres en font mention dans la sentence. / A défaut de majorité, le président du tribunal arbitral statue seul. En cas de refus de signature des autres arbitres, le président en fait mention dans la sentence qu'il signe alors seul. / La sentence rendue dans les conditions prévues à l'un ou l'autre des deux alinéas précédents produit les mêmes effets que si elle avait été signée par tous les arbitres ou rendue à la majorité des voix.* » Lorsque les arbitres ont des positions diamétralement opposées, la décision repose sur les épaules d'un seul, le président du tribunal arbitral. Si l'arbitrabilité du droit de la famille était entièrement admise, les positions des arbitres inconciliables sont faciles à imaginer si le litige portait sur des questions de vie ou de mort d'une personne (non désirée, handicapée, âgée, etc.). Plus immédiat, la position des arbitres peut être irréconciliable pour choisir un lieu de résidence de l'enfant entre l'arbitre qui est intimement convaincu que celui-ci doit vivre en Suisse, comme l'enfant le réclame à cor et à cri, et l'autre qui estime qu'il doit impérativement vivre au Mexique avec sa mère<sup>609</sup>. Devant l'impossible convergence, il est important, qu'en matière internationale, une décision puisse être prise pour que l'arbitrage soit efficace. Le délibéré ne doit pas être bloqué par des arbitres qui ne parviendraient pas à se mettre d'accord ou par l'absence d'un arbitre qui refuserait de participer alors que tout est mis en œuvre pour qu'il puisse le faire. Dans tous les cas, le délibéré est secret<sup>610</sup>. La confidentialité est un point fort de l'arbitrage. La prise de décision de la sentence est rapide. Un des atouts de l'arbitrage très largement mis en avant. Il résulte d'une décision de la Cour d'appel de Paris du 31 mars 2015 le principe d'une obligation générale de moyens à la charge des arbitres dans la conduite de l'instance arbitrale, en particulier dans le respect du délai de reddition de sentence, les arbitres devant veiller à prendre toutes initiatives utiles afin d'obtenir sa prorogation conventionnelle ou judiciaire sans que ces diligences ne

---

<sup>608</sup> CA de PARIS, 16 janvier 2003, Rev. arb. 2004.369, note JAEGGER L. : « *l'exigence du délibéré représente une règle fondamentale de la procédure qui garantit la nature juridictionnelle de la décision à laquelle parvient le tribunal arbitral ; le principe de collégialité suppose (...) que chaque arbitre ait la faculté de débattre de toute décision avec ses collègues.* »

<sup>609</sup> Tribunal fédéral suisse, IIè Cour civile, 30 avril 2015, 5A\_229/2015, FamPra.ch 2015 n°51, p.751 ; 22 juin 2015, 5A\_429/2015 ; 10 juillet 2015, 5A\_539/2015.

<sup>610</sup> Article 1479 du Code de procédure civile français, applicable en matière internationale en vertu de l'article 1506 du même Code : « *les délibérations du tribunal arbitral sont secrètes.* »

relèvent d'une obligation de résultat. En outre, le respect du délai ne ressortissant pas à l'exercice de leur mission juridictionnelle mais relevant de l'inexécution du contrat d'arbitre, les arbitres ne peuvent se prévaloir de l'immunité juridictionnelle ni d'une clause exclusive de responsabilité qui serait la transposition de l'immunité juridictionnelle<sup>611</sup>. Ainsi, le respect des délais par les arbitres sous peine d'engager leur responsabilité contribue à la célérité de l'élaboration de la sentence arbitrale, autre atout de l'arbitrage largement reconnu. Toutefois, cet avantage pourrait être à double tranchant en matière familiale. Combien de fois les praticiens du droit ne sont-ils pas confrontés à des situations où il est urgent d'attendre ? Il est assez fréquent de devoir freiner les ardeurs des uns et des autres ou de constater que derrière l'urgence prétendue d'une situation il se cache des intérêts exclusifs et individualistes contraires au bien-être familial, à l'intérêt de l'enfant, à la protection d'une personne particulière. Il peut être urgent d'attendre pour établir une donation, une liquidation dans le cadre d'un divorce ou d'une succession, il peut être encore plus urgent d'attendre en cas de protection de l'enfant, en matière de filiation, de vie privée etc. tant les incidences peuvent être grandes. A l'inverse, la célérité de la sentence sera la bienvenue dans les vraies situations d'urgence.

**616.** Ainsi, la sentence arbitrale tranche rapidement un conflit et quelle que soit sa promptitude des mesures conservatoires, provisoires sont envisageables. C'est un outil efficace qui doit répondre, lors de son élaboration, à des conditions de forme et de fond.

**617. Forme de la sentence :** L'article 1481 du Code de procédure civile français, applicable à la matière internationale en application de l'article 1506 du même code dispose que : « *la sentence arbitrale contient l'indication : 1. Des nom, prénoms ou dénomination des parties ainsi que de leur domicile ou siège social ; 2. Le cas échéant, du nom des avocats ou de toute personne ayant représenté ou assisté les parties ; 3. Du nom des arbitres qui l'ont rendue ; 4. De sa date ; 5. Du lieu où la sentence a été rendue.* » En cas d'omission, le défaut d'une de ces indications n'entraîne pas la nullité de la sentence<sup>612</sup>. Outre ces critères, la forme de la sentence est libre.

**618.** En matière internationale, le défaut de motivation d'une sentence arbitrale n'est pas contraire à l'ordre public<sup>613</sup>. Mais, comment accueillir en droit de la famille une sentence

---

<sup>611</sup> CA de PARIS, pôle 1, ch. 1, 31 mars 2015, n°14-05436, Banque Delubac et Cie c/ X.

<sup>612</sup> Cela ne fait pas partie des sanctions prévues par l'article 1520 du Code de procédure civile français en matière internationale alors que ledit code prévoit la nullité pour l'arbitrage interne, voir pour l'arbitrage interne les articles 1483 et 1492 de ce code.

<sup>613</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 22 novembre 1966, Bull. n°517, JDI 1967, p. 631, note GOLDMAN B. ; JCP G 1968, II, 15318, note MOTULSKY H. ; publié aussi in Ecrits. Études et notes sur l'arbitrage. Dalloz, 1974, t. II, p. 433: « *mais attendu que le défaut de motifs d'une sentence arbitrale étrangère n'est pas en lui-même contraire à l'ordre public*

orale non motivée ? Comment un arbitre pourrait-il dire, oralement, sans motivation, à un parent qui vit en Suisse que son enfant devra vivre avec l'autre parent au Mexique, dès le lendemain, sans dire au revoir, par une seule phrase, prononcée de manière lapidaire, oralement, sans motivation ? Comment une telle décision pourrait-elle être acceptée et exécutée ? Quid de la procédure d'exequatur dans une telle hypothèse. Heureusement, pour les litiges d'ores et déjà arbitrables, la sentence est généralement motivée. L'article 1482 du Code civil, applicable à la matière internationale, dispose que « *la sentence arbitrale expose succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens. / Elle est motivée.* » Cet article est supplétif. Ne devrait-il pas être impératif en cas d'arbitrage familial international, *a fortiori*, si l'arbitrabilité des droits indisponibles était admise ? La motivation permet de comprendre la décision, d'analyser le raisonnement, de prendre le recul nécessaire. Elle assure une certaine transparence. Elle garantit la sécurité juridique.

**619.** « *La forme, c'est le fond qui remonte à la surface*<sup>614</sup> ». L'absence de condition de forme, laisse toute la latitude au fond de s'exprimer.

**620. Fond de la sentence :** Le fond de la sentence dépend du litige tranché, et ce, qu'il résulte du syllogisme juridique ou émane de la balance des intérêts. Indépendamment de l'influence des droits romano-germaniques ou de *common law*, le fond de la sentence tend à une solution « *faite maison* », pour les besoins de l'espèce et qui, peut-être, servira de jurisprudence pour établir d'autres sentences arbitrales.

**621. Absence de publication, sauf exception autorisée :** une des forces de l'arbitrage réside dans la confidentialité. Aussi, la sentence arbitrale est confidentielle. Elle n'est pas publiée. C'est une opposition significative avec la juridiction étatique rendue publiquement au nom du peuple. Toutefois, ce principe d'absence de publication souffre d'une exception. Si les parties sont d'accord, la sentence arbitrale peut-être publiée et contribuera à la construction d'une jurisprudence arbitrale. Cette jurisprudence arbitrale permet de dégager des

---

*français au sens du droit international privé ; qu'ayant rappelé l'objet du litige, tel qu'il était précisé par la demande d'arbitrage, et ayant relevé que la sentence litigieuse a été rendue conformément à la loi de l'état de New York qui lui est applicable, laquelle, suivant l'interprétation souveraine des juges du fond, autorise les arbitres à ne pas motiver leur décision, la Cour d'appel n'avait pas à rechercher si cette loi étrangère offrait des garanties équivalentes à celles qui résulteraient en France de la motivation, non plus qu'à s'expliquer sur les documents ayant pu servir de fondement à la condamnation prononcée, dès lors que le Gerstlé ne prétendait pas que, sous le mutisme de la sentence, se dissimulait une atteinte aux droits de la défense ou une solution au fond contraire à l'ordre public tel que défini ci-dessus, qu'ainsi le moyen doit être écarté et que l'arrêt, motivé, a légalement justifié sa décision, par ses motifs : rejette le pourvoi (...)* ».

<sup>614</sup> HUGO V., *Proses philosophiques*.

tendances, des principes, et de rassurer les parties qui hésiteraient à recourir à l'arbitrage.

**622. Notification de la sentence :** L'article 1484 du Code de procédure civile français dispose que « *la sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche. / Elle peut être assortie de l'exécution provisoire. / Elle est notifiée par voie de signification à moins que les parties en conviennent autrement.* » Seuls les deux premiers alinéas sont applicables en matière internationale, conformément aux dispositions de l'article 1506 du même Code. Comment notifier la sentence en matière d'arbitrage international ? Cette question est très importante dans la mesure où la notification de la sentence fait courir le délai de recours. « *L'article 1519 du Code de procédure civile faisant en principe de la signification de la sentence le point de départ du délai de recours, il ne peut y être dérogé que par des stipulations qui manifestent sans équivoque la volonté des parties de renoncer à cette garantie ; qu'une telle volonté ne résulte pas des termes de l'échange de courriels (...). Les parties étaient convenues, par un échange de courriels avec le secrétariat de la Chambre de commerce internationale avant que la sentence soit rendue, que celle-ci devait leur être notifiée par courriel, ce qui fut fait par la CCI. (...) Pour valoir convention permise par l'article 1519, il faut que les parties manifestent sans équivoque la volonté de renoncer à la signification de la sentence. On observe que cette méthode de notification est qualifiée de garantie donnée aux parties, d'où l'idée que pour y renoncer il faudrait un acte de volonté particulièrement clair.*<sup>615</sup> »

## **Section II - Effets de la sentence**

**623.** Les effets sont susceptibles de varier selon l'ordre juridique étatique dans lequel elle sera invoquée. Il est néanmoins possible d'affirmer que comme l'arbitrage est une justice privée et que l'arbitre ne dispose pas du même *imperium* que le juge, la force exécutoire n'est pas un effet de la sentence arbitrale. En revanche, elle a l'autorité de la chose jugée (§1) et met fin à la mission de l'arbitre (§2).

---

<sup>615</sup> KIRBY A. et GOUBIN G., *Un progrès en trompe-l'œil ; le nouveau texte sur la notification des sentences rendues en France en matière d'arbitrage international*, Procédures 2014, n°3, p.5 et s.

## § 1. L'autorité de la chose jugée et le caractère obligatoire de la sentence

**624. Chose contractée, chose jugée, chose exécutoire :** La chose contractée est celle qui répond du principe fondamental de la liberté contractuelle de permettre aux parties de mettre fin à un litige par une convention qui a cet objet, comme la transaction. La chose jugée c'est la qualification traditionnelle qui évoque l'acte qui met assurément fin au litige, le jugement rendu met un terme au procès, il le tranche. La chose exécutoire c'est permettre l'exécution forcée. Certains actes contractuels ont force exécutoire donc permettent l'exécution contrainte si besoin grâce à l'intervention de la force publique, sans qu'il soit néanmoins nécessaire d'obtenir un jugement spécifique à cet effet, comme les actes notariés. Un bail authentique d'habitation reçu par un notaire est susceptible, par l'intervention d'un huissier de justice, d'impliquer l'expulsion d'une famille sans obtenir une décision de justice spécifique à cet effet. L'exécution est forcée, contrainte, sans jugement, sur le simple fondement contractuel : l'acte est un contrat exposé aux causes de nullité notamment, et par conséquent, à des délais de recours en cas de contestation plus longs que ceux ouverts dans le cadre d'un jugement. Aux termes de cette précision sémantique, qu'en est-il pour la sentence arbitrale ?

**625.** Une sentence arbitrale a l'autorité de la chose jugée, elle est opposable aux tiers, elle est susceptible d'obtenir la force exécutoire et d'être reconnue par l'ordre juridique d'un Etat.

**626. Autorité de la chose jugée :** Tout d'abord, est chose jugée ce qui est prononcé par une décision judiciaire, judiciairement incontestable eu égard à la présomption légale de vérité qui lui est attachée. Toute tentative pour modifier la décision se verrait opposer une fin de non-recevoir. Néanmoins, il n'est pas exclu que la décision ne puisse pas faire l'objet d'une voie de recours. La chose jugée est considérée comme une vérité absolue qui n'a pas à être modifiée par l'autorité qui l'a rendue mais elle peut dans certaines conditions et dans un certain délai faire l'objet d'une voie de recours auprès d'une autre juridiction. Cette vérité est celle de la sentence arbitrale. Ainsi, l'article 1484 alinéa un du Code de procédure civile français, applicable à la matière internationale en application de l'article 1506 du même code dispose que « *la sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche.* » Par conséquent, la sentence arbitrale est définitive. Pour une même cause, les mêmes parties ne peuvent pas recourir aux juridictions françaises, dès lors qu'une sentence arbitrale a été prononcée. La sentence arbitrale constitue un titre qui permet de



pratiquer une mesure conservatoire.

**627. *L'autorité de la chose jugée et le caractère définitif de la sentence*** : Parce qu'elle a l'autorité de la chose jugée, parce qu'elle est définitive, la sentence arbitrale est finale, globale - sauf recours en annulation ou refus *d'exequatur* - néanmoins, elle peut être précédée de sentences partielles, également appelées intérimaires ou interlocutoires. Ces sentences partielles se distinguent des ordonnances de procédures qui sont susceptibles d'être prises par un arbitre au cours d'une instance pour les besoins de l'instance. Ces ordonnances de procédures peuvent concerner la charge de la preuve, impliquer une prorogation de délai, la nomination d'un expert, etc.

**628. *L'autorité de la chose jugée et la reconnaissance à l'étranger*** : L'autorité de la chose jugée de la sentence arbitrale est également reconnue à l'étranger. Il est notamment possible de citer l'article 190 de la loi suisse de droit international privé : « *La sentence est définitive dès sa communication. / Elle ne peut être attaquée que : a. lorsque l'arbitre unique a été irrégulièrement désigné ou le tribunal arbitral irrégulièrement composé ; b. lorsque le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ; c. lorsque le tribunal arbitral a statué au-delà des demandes dont il était saisi ou lorsqu'il a omis de se prononcer sur un des chefs de la demande ; d. lorsque l'égalité des parties ou leur droit d'être entendues en procédure contradictoire n'a pas été respecté ; e. lorsque la sentence est incompatible avec l'ordre public. / En cas de décision incidente, seul le recours pour les motifs prévus à l'alinéa 2, I et a. et b., est ouvert ; le délai court dès la communication de la décision. »*

**629.** L'article 58 de la loi anglaise *Arbitration Act* de 1996 énonce ce qui suit: « *effect of award (1) Unless otherwise agreed by the parties, an award made by the tribunal pursuant to an arbitration agreement is final and binding both on the parties and on any persons claiming through or under them. (2) This does not affect the right of a person to challenge the award by any available arbitral process of appeal or review or in accordance with the provisions of this Part. »* c'est-à-dire « *sauf décision contraire des parties, une sentence rendue par le tribunal en vertu d'un accord d'arbitrage est définitive et contraignante pour les parties ainsi que pour tous ceux qui réclament par leur intermédiaire ou en vertu de celles-ci ./ Cela n'affecte pas le droit d'une personne de contester cette sentence par tout processus d'arbitrage disponible en révision ou conformément aux dispositions par la présente partie. »*

**630.** Enfin, l'alinéa deux de l'article 1484 du Code de procédure civile français applicable en matière internationale conformément aux dispositions de l'article 1506 de ce Code dispose que la sentence arbitrale « *peut être assortie de l'exécution provisoire* ». Comme la sentence arbitrale a l'autorité de la force jugée, il est possible de mettre en place des mesures

conservatoires dans l'attente de la force exécutoire qui sera acquise grâce à la procédure de l'*exequatur*.

**631.** L'autorité de la chose jugée concerne les parties, mais les effets de la sentence s'étendent aussi aux tiers.

**632. Opposabilité aux tiers de la sentence :** La sentence arbitrale est une décision juridictionnelle. Aussi, elle est opposable aux tiers, mais pas de manière absolue. Seule la situation juridique générée par la sentence arbitrale est opposable aux tiers, c'est-à-dire qu'ils peuvent s'en prévaloir ou qu'elle peut leur être imposée. La sentence arbitrale qui fixerait la résidence d'un enfant serait opposable aux grands-parents qui ne pourraient que subir ou se réjouir de la situation juridique produite par la sentence arbitrale.

**633.** La sentence arbitrale est définitive, le conflit est censé être résolu aussi l'un des effets de la sentence est de mettre un terme à la mission de l'arbitre (§2).

## § 2. Dessaisissement de l'arbitre

**634.** L'article 1485 du Code procédure civile, en ses alinéas un et deux seuls applicables à la matière internationale en vertu des dispositions de l'article 1506 dudit Code dispose que « *la sentence dessaisit le tribunal arbitral de la contestation qu'elle tranche. / Toutefois, à la demande d'une partie, le tribunal arbitral peut interpréter la sentence, réparer les erreurs et omissions matérielles qui l'affectent ou la compléter lorsqu'il a omis de statuer sur un chef de demande. Il statue après avoir entendu les parties ou celles-ci appelées.* » Une fois la sentence rendue, l'arbitre a fini sa mission, néanmoins, selon les besoins de l'espèce, ce dernier peut interpréter la sentence, réparer les erreurs, les omissions matérielles, la compléter sans risquer la nullité.



## Conclusion du Chapitre 1

**635.** La sentence arbitrale est un acte juridictionnel privé, une décision de justice internationale, délibérée, définitive. Elle tranche le litige. Elle a l'autorité de la chose jugée ce qui lui confère un caractère obligatoire, à l'égard des tiers et à l'étranger. Certaines législations, comme la Suisse, admettent une rectification de la sentence ou encore une sentence additionnelle. L'article 36 du règlement suisse de l'arbitrage international dispose que « *dans les trente jours de la réception de la sentence, l'une des parties peut, moyennant notification à l'autre, demander au tribunal arbitral de rectifier dans le texte de la sentence toute erreur de calcul, toute erreur matérielle ou typographique ou toute erreur de même nature. Le tribunal arbitral peut fixer à l'autre partie un délai, qui n'excède normalement pas trente jours, pour faire des commentaires sur cette requête. / Le tribunal arbitral peut, dans les trente jours de la communication de la sentence aux parties, faire ces rectifications de sa propre initiative. / Ces rectifications sont faites par écrit (...)* ». L'article 37 dispose que « *dans les trente jours de la réception de la sentence, l'une des parties peut, moyennant notification à l'autre, demander au tribunal arbitral de rendre une sentence additionnelle sur des chefs de demande exposés au cours de la procédure d'arbitrage mais omis dans la sentence. Le tribunal arbitral peut fixer à l'autre partie un délai, qui n'excède normalement pas trente jours, pour faire des commentaires sur cette requête. / Si le tribunal arbitral juge la demande justifiée et estime que l'omission peut être rectifiée sans nécessiter de nouvelles audiences ou de nouvelles preuves, il complète sa sentence dans les soixante jours qui suivent la réception de la demande. (...)* ».

**636.** « *La sentence arbitrale qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées ; l'exequatur des sentences arbitrales rendues à l'étranger est exclusive de tout jugement sur le fond et relève de la compétence des juridictions judiciaires<sup>616</sup>* ». La sentence arbitrale laisse ainsi place à la phase post-arbitrale (Chapitre 2).

---

<sup>616</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 8 juillet 2015, n° 13-25.846.



## CHAPITRE 2 - LA PORTEE ET LA CIRCULATION DE LA SENTENCE ARBITRALE

**637.** « *La clause d'arbitrage international s'impose à toutes les parties venant aux droits de l'un des cocontractants*<sup>617</sup> », qu'elle « *est transmise avec le contrat principal sauf preuve de l'intitus personae dans la convention d'arbitrage*<sup>618</sup> », qu'elle se transmet avec l'action contractuelle, « *sauf preuve de l'ignorance raisonnable de l'existence de cette clause*<sup>619</sup> »

**638.** Ainsi, il est possible d'exécuter en France une sentence arbitrale rendue au Royaume-Uni<sup>620</sup>, « *la sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées ; qu'il résulte des textes susvisés*<sup>621</sup> *que l'exequatur des sentences arbitrales rendues à l'étranger est exclusif de tout jugement sur le fond et relève de la compétence des juridictions judiciaires* ».

**639.** En outre, « *la clause compromissoire insérée dans un contrat international a*

---

<sup>617</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 février 2000, *Sté Taurus Films et autres contre Sté Films du jeudi*, n°95-14330, Bull. civ. I, n°36, Rev. crit. DIP 2000, p.763, *opposabilité au mandataire substitué d'une clause compromissoire insérée dans le mandat*, note COIPEL-CORDONNIER N., RTD com. 2000.596, *la clause d'arbitrage international s'impose à toutes les parties venant aux droits de l'un des contractants*, note LOQUIN E., JCP E, 2001.1336, obs. AMMARD D..

<sup>618</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 28 mai 2002, *Sté Burkinabé des Ciments et Matériaux c. Sté des Ciments d'Abidjan*, Bull. civ., I, n°146, CLAY Th., obs. D., 2003.2471, Rev. arb. 2003.397, note COHEN D., Chron, RTD com., 2002.667, obs. LOQUIN E..

<sup>619</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 6 février 2001, *Peavey Company c. Organisme général des fourrages et autres*, Bull. civ., I, n°22, Rev. arb., 2001.765, note COHEN D., D., 2001.1135, obs. DELEBECQUE Ph., JCP G., 2001, II, 10567, note LEGROS C., Cont concu. Conso., 2001, n°6, p.10, note LEVENEUR L., RTD com., 2001, n°95, p.120, obs. MOUSSERON PI., NIBOYET M.- L., *Trois arrêts importants sur la portée des clauses d'arbitrage et de juridictions*, Cah. Arb., vol. I, p.97, SERAGLINI Ch., *Le transfert de la clause compromissoire dans les chaînes de contrat après l'arrêt Peavey*, Cah. Arb. Vol., I, p.87.

<sup>620</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juillet 2015, pourvoi n°13-25.846, *FS-P+B+R+I, Société Ryanair Ltd c/ Syndicat mixte des aéroports de Charente (SMAC)*, Bull., 2016, n°834, civ. 1<sup>ère</sup>, n°17, JurisData n°2015-016759, Procédures, Hors-Série, LexisNexis Jurisclasseur, novembre 2015, étude 1.

<sup>621</sup> article 1015 du code de procédure civile français, articles III, V et VII de la Convention de New-York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, article 1516 du code de procédure civile.

*une validité et une efficacité propres qui commandent d'en étendre l'application aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et dans les litiges qui peuvent en résulter*<sup>622</sup> ».

**640.** La portée de la décision arbitrale (Section I) influence également la portée du contrôle de la décision arbitrale (Section II).

## **Section I - La portée de la décision arbitrale**

**641. Importance et impérativité des voies de recours :** « (...) *plus les voies de recours sont encadrées et limitées, plus le processus arbitral est préservé, la confiance placée dans les arbitres affirmée et l'efficacité de la sentence garantie. Les voies de recours sont donc très révélatrices de la conception de l'arbitrage qu'un ordre juridique a à un moment donné.*<sup>623</sup> » Par définition, les voies de recours appartiennent à l'organisation judiciaire. Elles sont impératives, appartiennent à l'ordre public en matière internationale et dépendent de l'organisation judiciaire. Aussi, aucune convention contraire ne peut être établie par les parties qui ne peuvent pas imaginer leurs voies de recours. Si aucune contractualisation n'est possible, le régime est suffisamment souple en pratique pour permettre aux parties d'organiser les voies de recours en matière d'arbitrage, dans la mesure où, la loi permet, en matière internationale, d'exclure le recours en annulation ou encore de s'entendre sur les modalités de notifications de la sentence. En droit français, ces dernières divergent selon si la sentence a été rendue en France ou à l'étranger même si un tronc commun existe. Seul le recours en annulation est ouvert pour les sentences rendues en France<sup>624</sup>. Pour les sentences rendues à l'étranger, la décision qui statue sur une demande de reconnaissance ou d'exequatur de la sentence est susceptible d'appel<sup>625</sup>.

---

<sup>622</sup> CA PARIS, 1ère ch., 30 novembre 1988, n°06-20561, *société Korsnas Marma contre société Durand-Auzias*, Revue de l'arbitrage 1989, p.691, note TSCHANZ P.- Y..

<sup>623</sup> RACINE J.- B., *Réflexions sur les voies de recours en droit de l'arbitrage propos introductifs*, Rev. arb. 2018, n° 1, p.3.

<sup>624</sup> Article 1518 du Code de procédure civile français : « *la sentence rendue en France en matière d'arbitrage international ne peut faire l'objet d'un recours en annulation* ».

<sup>625</sup> Article 1525 du Code de procédure civile français : « *la décision qui statue sur une demande de reconnaissance ou d'exequatur d'une sentence arbitrale rendue à l'étranger est susceptible d'appel. / L'appel est formé dans un délai d'un mois à compter de la signification de la décision. / Les parties peuvent toutefois convenir d'un autre mode de notification lorsque l'appel est formé à l'encontre de la sentence revêtue de l'exequatur. / La cour d'appel ne peut refuser la reconnaissance ou l'exequatur de la sentence arbitrale que dans les cas prévus à l'article 1520.* »

## §1. L'organisation de la reconnaissance et de l'exequatur

**642.** L'article 1514 du Code de procédure civile dispose que « *les sentences arbitrales sont reconnues ou exécutées en France si leur existence est établie par celui qui s'en prévaut et si cette reconnaissance ou cette exécution n'est pas manifestement contraire à l'ordre public international.* » Aux termes de cet article, dès lors que l'existence de la sentence est prouvée – ce qui est plus délicat lorsqu'elle est orale – cette dernière peut faire l'objet d'une reconnaissance ou d'une procédure *d'exequatur*.

**643. Reconnaissance :** La reconnaissance n'est pas une exécution forcée. C'est l'admission par l'ordre juridique français de l'existence de la sentence. Le juge confirme l'autorité de la chose jugée de la sentence arbitrale.

**644. Exequatur :** L'*exequatur* est un des enjeux attachés à la définition de la sentence arbitrale. La sentence arbitrale résulte d'une justice conventionnelle qui ne peut pas conférer la force exécutoire à sa décision. Si l'une des parties refuse de se soumettre à la décision contenue dans la sentence arbitrale, seule la procédure de *l'exequatur*, destinée à obtenir l'exécution forcée de la sentence, pourra la contraindre. Seule une « véritable » sentence arbitrale - celle dont l'existence est prouvée, rédigée ou traduite en langue française, conforme à l'ordre public en matière internationale - sera revêtue de *l'exequatur* et fera donc l'objet d'une exécution forcée en cas de résistance de l'une des parties. La procédure d'*exequatur* n'est pas l'exécution forcée, elle la permet. La procédure d'*exequatur* n'est pas soumise au principe du contradictoire<sup>626</sup>. « *La sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une ordonnance d'exequatur émanant du tribunal de grande instance dans le ressort duquel elle a été rendue ou du tribunal de grande instance de Paris lorsqu'elle a été rendue à l'étranger*<sup>627</sup> ». Eu égard aux conditions posées par le Code de procédure civile français pour obtenir l'*exequatur* d'une décision<sup>628</sup>, comment envisager une sentence orale si cette dernière ne peut pas obtenir l'*exequatur* ? Cela serait prendre le risque, pour les parties, de se voir attribuer la résidence habituelle d'un enfant, l'attribution du logement de la famille, le versement d'une somme d'argent mais sans pouvoir rien n'obtenir ? La personne qui serait chargée d'expliquer

---

<sup>626</sup> Article 1516 alinéa 2 du Code de procédure civile français : « *la procédure relative à la demande d'exequatur n'est pas contradictoire* ».

<sup>627</sup> Article 1516 alinéa 1 du Code de procédure civile français.

<sup>628</sup> Article 1516 alinéa 3 du Code de procédure civile français, article 1517 du même Code, notamment.



aux membres de la famille – qui ne connaissent pas les procédures juridiques - pourquoi ce ne sont finalement que des promesses puisque les conditions pour obtenir l'*exequatur* ne sont pas remplies devra avoir beaucoup de courage. Outre cet aspect psychologique, d'un point de vue pratique, cela implique que la sentence arbitrale non *exequaturée* n'est pas publiable, par exemple, dans le cadre de l'attribution d'un bien immobilier, la publication au service de la publicité foncière ne peut pas être faite, donc le transfert de propriété qui serait prévu par la sentence ne serait pas opposable aux tiers.

**645. Refus d'*exequatur* et l'impossible effet en France :** Il a été rappelé, par la Cour de cassation le 17 octobre 2019, et ce conformément à la jurisprudence antérieure, « *qu'un jugement étranger dont la demande d'exequatur a été rejetée ne peut produire d'effet en France* »<sup>629</sup>. « *L'arrêt confirme une solution traditionnelle de la Cour de cassation. Lorsqu'une demande d'exequatur a été rejetée, le juge aux affaires familiales ne peut pas être saisi d'une demande de reconnaissance du jugement étranger à titre incident.* »<sup>630</sup> « *Si l'exequatur avait été refusé en raison de l'irrégularité de la signification de la séparation de corps et qu'une nouvelle signification, régulière, est intervenue, la décision rejetant la demande d'exequatur ne fait pas obstacle à la demande ultérieure en reconnaissance à titre incident du jugement étranger de séparation de corps. (...) Encore faut-il que la cause ayant justifié le refus de l'exequatur soit régularisable, ce qui sera rarement le cas.* »<sup>631</sup>

**646. L'*exequatur* et la théorie de l'équivalence des résultats :** Est-ce qu'une décision

---

<sup>629</sup> Cass., civ.1<sup>ère</sup>, 17 octobre 2019, pourvoi n°18-18702, Rev. Droit de la famille, janvier 2020, note DEVERS A. : « (...) attendu qu'un jugement étranger dont la demande d'exequatur a été rejetée ne peut produire effet en France ; que l'arrêt relève que, par décision du 31 mai 2006, la cour d'appel de Poitiers a rejeté la demande d'exequatur du jugement camerounais de séparation de corps, qu'il en résulte que celui-ci ne pouvait produire effet en France, de sorte que la demande de conversion de la séparation de corps en divorce était irrecevable ; que par ce motif de pur droit substitué, dans les conditions de l'article 1015 du Code de procédure civile, à ceux critiqués par le moyen, la décision se trouve légalement justifiée de ce chef (...) ».

« (...) un jugement camerounais du 16 octobre 2000 a prononcé la séparation de corps aux torts exclusifs de l'épouse. Par arrêt du 31 mai 2006, la Cour d'appel de Poitiers a rejeté la demande d'exequatur de ce jugement. Par la suite, l'épouse a saisi le juge français d'une demande en divorce pour altération définitive du lien conjugal. A titre reconventionnel, affirmant que le jugement camerounais produit de plein droit effet en France (...), le mari a sollicité le prononcé du divorce par conversion du jugement camerounais de séparation de corps. En réponse, l'épouse a soulevé l'irrecevabilité de la demande reconventionnelle au motif qu'elle se heurtait à l'autorité de la chose jugée de la décision française rejetant la demande d'exequatur. Par arrêt du 22 mars 2017, le cour d'appel de Poitiers a dit et jugé irrecevable la demande en conversion de la séparation de corps en divorce. Pour rejeter le pourvoi formé par le mari, la Cour de cassation affirme « qu'un jugement étranger dont la demande d'exequatur a été rejetée ne peut produire effet en France (V. également M. FARGE, in Dalloz, 2019, §513.263). L'autorité de la décision française rejetant l'exequatur a été par la suite régularisée. Il n'y a en effet pas d'autorité de la chose jugée lorsqu'un fait ou un acte postérieur à la décision dont l'autorité est invoquée modifie la situation antérieurement reconnue en justice et la cause de la demande (Cass., civ. 2<sup>ème</sup>, 17 mars 1986, n°84-12.635 : JurisData n°1986-700522 ; Bull. civ. II, n°41) ».

<sup>630</sup> DEVERS A., *Efficacité des jugements étrangers en France*, note sous Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 17 octobre 2019, n°18-18.702 : JurisData n°2019-020167, Droit de la famille, LexisNexis, n°1, janvier 2020, commentaire n°23.

<sup>631</sup> DEVERS A., *Efficacité des jugements étrangers en France*, note sous Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 17 octobre 2019, n°18-18.702 : JurisData n°2019-020167, Droit de la famille, LexisNexis, n°1, janvier 2020, commentaire n°23.

rendue à l'étranger pour laquelle l'exequatur serait refusée pourrait être exécutée en application du principe de l'équivalence des résultats ? Une réponse abstraite ne pourrait pas être donnée, l'appréciation s'effectue *in concreto* et la Cour de cassation l'a encore rappelé le 15 janvier 2019<sup>632</sup>.

## §2. L'organisation procédurale des voies de recours

**647.** « *Le thème des voies de recours en droit de l'arbitrage est à peu près aussi ancien que l'arbitrage lui-même. Il est très révélateur du degré de libéralisme que le système juridique autorise.*<sup>633</sup> »

**648.** L'ouverture d'une voie de recours implique la rencontre de deux ordres juridiques : l'ordre juridique arbitral et l'ordre juridique étatique. Sans se phagocyter, même partiellement, ses deux ordres oscillent entre indépendance et interdépendance. Tout en étant indépendant, l'ordre juridique arbitral n'est pas autonome. Tout en étant interdépendant, l'ordre juridique arbitral n'est pas pour autant intégré dans l'ordre juridique étatique. Les deux ordres se rejoignent sans se confondre. Si des innovations modifient le Code de procédure civile, l'architecture de ce code est construite sur des principes d'ordre public. Par conséquent, les conventions contraires ne sont pas admises. La jurisprudence intervient pour rappeler ce

---

<sup>632</sup> Cass., civ.1<sup>ère</sup>, 15 janvier 2019, n°18-25.574 : Madame A...X a adopté un enfant né au Cameroun suivant un jugement camerounais du 26 juillet 2012. Préalablement à ce jugement, le 3 février 2012, Madame A...X de nationalité camerounaise a été naturalisée française. Madame A...X demande l'exequatur de la décision d'adoption. La Cour d'appel refuse l'exequatur au motif que la loi camerounaise était applicable aux conditions de l'adoption, l'adoptante n'avait que 33 ans or la loi camerounaise exige que l'adoptant ait au moins 40 ans. Pour refuser l'exequatur, la Cour d'appel a vérifié la condition de la loi appliquée conformément à la convention franco-camerounaise applicable en l'espèce (cette condition n'est plus exigée en France depuis l'arrêt Cornelissen (Cass., civ.1<sup>ère</sup>, 20 février 2007, n°05-14082)). La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel. L'accord franco-camerounais exclut la condition de la loi appliquée comme condition de régularité du jugement sauf en matière d'état ou de capacité des personnes (l'espèce est donc concernée par l'exception) mais admet la théorie de l'équivalence des résultats. Aussi, le jugement pourrait être régulier si la loi appliquée et celle qui aurait dû l'être impliquent le même résultat. La Cour d'appel considérait que la loi applicable aux conditions de l'adoption était la loi camerounaise. La Cour de cassation casse en visant l'article 370-3 al.1 du Code civil : les conditions de l'adoption sont soumises à la loi nationale de l'adoptant, ou, en cas d'adoption par deux époux, à la loi qui régit les effets de leur union. Comme l'adoptante avait préalablement été naturalisée, la loi française aurait dû être appliquée. Est-ce que la théorie de l'équivalence pouvait permettre l'application de la décision camerounaise. La Cour d'appel casse l'arrêt d'appel sur ce point : l'équivalence des résultats ne doit pas être effectuée *in abstracto* en confrontant la loi appliquée et la loi applicable mais doit être étudiée *in concreto*. Or, en l'espèce, les lois française et camerounaise, au nom de l'intérêt de l'enfant, parvenaient au même résultat. La loi française autorise l'adoption par des personnes de plus de vingt-huit ans. D'où la cassation de l'arrêt d'appel qui a refusé l'exequatur.

<sup>633</sup> RACINE J.- B., *Réflexions sur les voies de recours en droit de l'arbitrage, propos introductifs*, Rev. Arb., 2018, n°1, p.3.

principe<sup>634</sup>, tout en effectuant une distinction entre les sentences arbitrales rendues en France et celles rendues à l'étranger.

**649. Les sentences rendues en France en matière d'arbitrage international :**

L'ordre juridique français n'intègre pas une sentence arbitrale qui serait rendue en France sur le seul motif que le siège de l'arbitrage se situe en France. Toutefois, ce lien tissé avec la France justifie la saisine des tribunaux afin de solliciter un recours direct contre la sentence, et ce, même si une décision sur la reconnaissance ou *l'exequatur* aurait déjà été rendue. En définitive, diverses situations doivent être distinguées : la sentence arbitrale n'est pas susceptible d'appel. En ce qui concerne la décision de reconnaissance ou d'*exequatur* de la sentence arbitrale rendue en France en matière d'arbitrage international, deux cas se distinguent, soit, cette décision est un refus auquel cas un appel est possible, soit c'est un accord et dans cette hypothèse aucun recours n'est envisageable dans la mesure où le recours en annulation est ouvert contre la sentence directement. En droit interne français, le Code de procédure civile prévoit d'autres voies de recours comme la tierce opposition<sup>635</sup> et le recours en révision<sup>636</sup>. Ce dernier est partiellement transposable à la matière internationale auquel cas il est porté devant le tribunal arbitral.

**650. Le recours contre l'ordonnance qui a statué sur la reconnaissance ou l'exequatur de la sentence :**

**En cas de refus de la reconnaissance ou de l'exequatur :** Ainsi, dispose l'article 1523 du Code de procédure civile français : « *la décision qui refuse la reconnaissance ou l'exequatur d'une sentence arbitrale internationale rendue en France est susceptible d'appel. / L'appel est formé dans le délai d'un mois à compter de la signification de la décision.* »

---

<sup>634</sup> PARIS, 1<sup>ère</sup> ch. Suppl., 12 décembre 1989, Rev. arb. 1990.863, note LEVEL P., Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 6 avril 1994, Rev. arb. 1995.263, note LEVEL P., PARIS 1<sup>ère</sup> ch. C., 14 juin 2001, rev. arb. 2001.773, note SERAGLINI Ch., CA de PARIS, 29 mars 2001, *Carthago Films contre Babel Productions*, Rev. arb. 2001, p.541, note BENSUADE D., RTD com. 2001.649, obs. LOQUIN E., Comp. 9<sup>e</sup> circuit Etats-Unis, 9 décembre 1997, Rev. arb. 1999.886, obs. HASCHER D., PARIS 19 février 2004, Rev. arb.2004.859, 4<sup>e</sup> esp., note JAEGER L., Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 mars 2007, Rev. arb.2007.499, note JAEGER L., JCP 2007, art.135, obs. ORTSCHIEDT J., LPA 2007, n°192, note BEN REGUIGA S., Cass., civ.1<sup>ère</sup>, 28 mai 2008, Rev. arb. 2008.691, note BUREAU D..

<sup>635</sup> Article 1501 du Code de procédure civile français non applicable en matière internationale : « *la sentence arbitrale peut être frappée de tierce opposition devant la juridiction qui eût été compétente à défaut d'arbitrage sous réserve des dispositions du premier alinéa de l'article 588.* »

<sup>636</sup> Article 1502 du Code de procédure civile français : « *le recours en révision est ouvert contre la sentence arbitrale dans les cas prévus pour les jugements à l'article 595 et sous les conditions prévues aux articles 594, 596, 597 et 601 à 603./ Le recours est porté devant le tribunal arbitral. / Toutefois, si le tribunal arbitral ne peut à nouveau être réuni, le recours est porté devant la cour d'appel qui eût été compétente pour connaître des autres recours contre la sentence.* » Seuls les alinéas 1 et 2 de cet article sont applicables à la matière internationale en application de l'article 1506 de ce Code.

*/ Dans ce cas, la Cour d'appel connaît, à la demande d'une partie, du recours en annulation à l'encontre de la sentence à moins qu'elle ait renoncé à celui-ci ou que le délai pour l'exercer soit expiré. »*

**En cas d'accord de la reconnaissance ou de l'*exequatur* :** en vertu de l'article 1524 du Code de procédure civile français, « *l'ordonnance qui accorde l'exequatur n'est susceptible d'aucun recours sauf dans le cas prévu au deuxième alinéa de l'article 1522. / Toutefois, le recours en annulation de la sentence emporte de plein droit, dans les limites de la saisine de la cour, recours contre l'ordonnance du juge ayant statué sur l'exequatur ou dessaisissement de ce juge.* » Par conséquent, lorsque la reconnaissance ou l'*exequatur* est accordée, aucun recours n'est possible, sauf si les parties avaient renoncé expressément au recours en annulation. Dans cette hypothèse, elles peuvent interjeter appel contre l'ordonnance de l'*exequatur* si celle-ci répond à un cas d'ouverture du recours en annulation, à savoir ceux prévus à l'article 1520 du Code de procédure civile français, lorsque le tribunal s'est prononcé à tort sur sa compétence, s'il est irrégulièrement constitué, s'il ne respecte pas la mission confiée, si le principe du contradictoire a été bafoué ou si la reconnaissance ou l'*exequatur* s'avère contraire à l'ordre public international.

**651. *Le recours en annulation contre la sentence, voie de recours ordinaire, voie de recours du droit commun***<sup>637</sup> : Le recours en annulation est exercé directement contre la

---

<sup>637</sup> Article 34 de la loi-type sur de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) sur l'arbitrage commercial international : « *La demande d'annulation comme recours exclusif contre la sentence arbitrale* 1. *Le recours formé devant un tribunal contre une sentence arbitrale ne peut prendre la forme que d'une demande d'annulation conformément aux paragraphes 2 et 3 du présent article.* 2. *La sentence arbitrale ne peut être annulée par le tribunal visé à l'article 6 que si :* a) *La partie en faisant la demande apporte la preuve :* i) *Qu'une partie à la convention d'arbitrage visée à l'article 7 était frappée d'une incapacité; ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du présent Etat; ou ii) Qu'elle n'a pas été dûment informée de la nomination d'un arbitre ou de la procédure arbitrale, ou qu'il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses droits; ou iii) Que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire, étant entendu toutefois que, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, seule la partie de la sentence contenant des décisions sur les questions non soumises à l'arbitrage pourra être annulée; ou iv) Que la constitution du tribunal arbitral, ou la procédure arbitrale, n'a pas été conforme à la convention des parties, à condition que cette convention ne soit pas contraire à une disposition de la présente Loi à laquelle les parties ne peuvent déroger, ou, à défaut d'une telle convention, qu'elle n'a pas été conforme à la présente Loi; ou b) Le tribunal constate : i) Que l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par arbitrage conformément à la loi du présent Etat; ou ii) Que la sentence est contraire à l'ordre public du présent Etat. 3. Une demande d'annulation ne peut être présentée après l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la date à laquelle la partie présentant cette demande a reçu communication de la sentence ou, si une demande a été faite en vertu de l'article 33, à compter de la date à laquelle le tribunal arbitral a pris une décision sur cette demande. 4. Lorsqu'il est prié d'annuler une sentence, le tribunal peut, le cas échéant et à la demande d'une partie, suspendre la procédure d'annulation pendant une période dont il fixe la durée afin de donner au tribunal arbitral la possibilité de reprendre la procédure arbitrale ou de prendre toute autre mesure que ce dernier juge susceptible d'éliminer les motifs d'annulation. »*

sentence. Les sentences visées sont soit celles dont *l'exequatur* ou la reconnaissance n'ont pas (encore) été accordées, soit contre des sentences qui ont déjà bénéficié de la reconnaissance ou de *l'exequatur* en France. Cette voie de recours concerne directement la sentence arbitrale et c'est le seul recours qui lui est applicable<sup>638</sup>, ce qui n'est pas sans enjeux. Le recours en annulation n'est ni un appel ni un recours en révision. « *Le recours en annulation est porté devant la Cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue.* <sup>639</sup> » La Cour d'appel de Paris a précisé que « *la délocalisation de la sentence en droit français de l'arbitrage international ne s'oppose pas à la possibilité de porter le recours en annulation par la voie d'une clause attributive de juridiction devant un autre juge que celui du siège*<sup>640</sup>. » « *Ce recours est recevable dès le prononcé de la sentence. Il cesse de l'être s'il n'a pas été exercé dans le mois de la notification de la sentence. / La notification est faite par voie de signification à moins que les parties en conviennent autrement.* <sup>641</sup> » La Cour de cassation a précisé que le délai ne court pas tant que la sentence n'a pas été notifiée<sup>642</sup>. Seule une « véritable » sentence pourra faire l'objet d'un recours en annulation. Le recours en annulation ne concerne ni les ordonnances de procédure ni les mesures d'organisation de l'arbitrage. D'ailleurs, les ordonnances de procédure et les mesures d'organisation de l'arbitrage, si elles peuvent être critiquées, cela ne sera ni de manière autonome, ni au fur et à mesure de leur prononcé par le tribunal arbitral mais seulement dans le cadre et au moment du recours contre la sentence définitive.

**652. Absence de considération sur le fond du litige :** Le recours en annulation ne porte en aucun cas sur le fond du litige<sup>643</sup>. « *C'est la manière dont les arbitres ont rendu la*

---

<sup>638</sup> Article 1518 du Code de procédure civile français : « *la sentence rendue en France en matière d'arbitrage international ne peut faire l'objet que d'un recours en annulation.* »

<sup>639</sup> Article 1519 alinéa 1 du Code de procédure civile français.

<sup>640</sup> CA de PARIS, 1<sup>ère</sup> ch., section C, 17 juin 2004, *Michel LP, Association Miss Francophonie/Miss France, comité Miss France*, Rev. arb. 2006.161, note AZZI T., JDI 2005.1165, note LOQUIN E., JCP 2004.II.10156, note CHABOT G., D.2006.Pan.3036, par CLAY Th..

<sup>641</sup> Article 1519 du Code de procédure civile français.

<sup>642</sup> Cass., civ. 2<sup>ème</sup>, 18 octobre 2001, Rev. arb. 2002.157, note PINSOLLE Ph. : « (...) attendu que, pour déclarer le recours irrecevable en application de l'article 528-1 du nouveau Code de procédure civile, l'arrêt retient que le recours en annulation est formé, instruit et jugé selon les règles relatives à la procédure en matière contentieuse devant la cour d'appel et que, M. Y... ayant comparu et la sentence n'ayant pas été signifiée, le recours a été formé plus de deux ans après la sentence, qu'en statuant ainsi, par un motif inopérant, la cour d'appel a violé le texte susvisé [article 528-1 du Code de procédure civile : « si un jugement n'a pas été notifié dans le délai de deux ans de son prononcé, la partie qui a comparu n'est plus recevable à exercer un recours à titre principal après l'expiration dudit délai. Cette disposition n'est applicable qu'aux jugements qui tranchent tout le principal et à ceux qui, statuant sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident, mettent fin à l'instance ] ».

<sup>643</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 14 novembre 2006, pourvoi n°05-12.395, Bull. 2006, I, n°468, p.403 : « (...) attendu qu'ayant relevé que, en soutenant que le tribunal arbitral avait violé les dispositions de l'article 2246 du Code civil et, partant, l'ordre public en rejetant son exception de prescription, la société Eiffage construction l'invitait à vérifier la pertinence du raisonnement juridique par lequel les arbitres avaient rejeté cette exception, la cour d'appel a

*justice qui est contrôlée plutôt que le contenu de leur décision.*<sup>644</sup> »

**653. Conditions et conséquences du recours en annulation :** L'article 1526 du Code de procédure civile dispose que « *le recours en annulation formé contre la sentence et l'appel de l'ordonnance ayant accordé l'exequatur ne sont pas suspensifs. / Toutefois, le premier président statuant en référé ou, dès qu'il est saisi, le conseiller de la mise en état peut arrêter ou aménager l'exécution de la sentence si cette exécution est susceptible de léser gravement les droits de l'une des parties.* » L'issue du recours en annulation ouvre deux hypothèses. Soit le recours en annulation est admis, alors la sentence arbitrale est annulée. Cette annulation peut être totale ou partielle. Soit le recours en annulation est rejeté, alors la décision de la Cour confère automatiquement l'*exequatur* de la sentence arbitrale. D'ailleurs, si une procédure était pendante devant le juge de l'*exequatur*, celui-ci serait dessaisi, si la reconnaissance ou l'*exequatur* avait déjà été accordé, « *le recours en annulation emporte de plein droit (...) recours contre l'ordonnance du juge (...)*<sup>645</sup>. Ces dispositions favorisent l'articulation des voies procédurales.

**654. Renonciation au recours en annulation :** En application de l'article 1522 alinéa un du Code de procédure civile français, « *par convention spéciale, les parties peuvent à tout moment renoncer expressément au recours en annulation.* » Dans une telle hypothèse, les parties peuvent interjeter appel si le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou non, s'il a été irrégulièrement constitué, s'il a statué sans se conformer à sa mission confiée, mais aussi lorsque le principe du contradictoire n'a pas été respecté ou encore si la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public en matière internationale<sup>646</sup>. « *L'appel est formé dans le délai d'un mois à compter de la notification de la sentence revêtue*

---

*retenu, à juste titre, qu'il lui était demandé d'exercer un contrôle au fond de la sentence qui échappait au juge de l'annulation, de sorte que le recours devait être rejeté (...)* ».

Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 4 juin 2008, pourvoi n°06-15.320, Bull. 2008, I, n°162, Rev. arb., 2008, p.473, note FADLALLAH I., Gaz. Pal., 20-21 février 2009, p.32, note TRAIN F.6 X., JCP G 2008, I, 164, §8, obs. SERAGLINI Ch., JDI 2008, Comm. 16, p.1107, note MOURRE A, LPA 2008, n°199, p.21, note DUPREY P., Rev. arb., 2008, p.98 : « (...) mais attendu que, s'agissant de la violation de l'ordre public international, seule la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est examinée par le juge de l'annulation au regard de la compatibilité de sa solution avec cet ordre public, dont le contrôle se limite au caractère flagrant, effectif et concret de la violation alléguée, (...) les conclusions du tribunal arbitral dans la sentence du 28 juillet 2004 n'avaient pas à être rediscutées devant la Cour d'appel ; que celle-ci, qui a procédé – dans les limites de ses pouvoirs, c'est-à-dire sans révision au fond de la sentence arbitrale – au contrôle des sentences au regard de l'application des règles communautaires de la concurrence, a exactement dit que leur reconnaissance et leur exécution n'étaient pas contraire à l'ordre public international (...) ».

<sup>644</sup> RACINE J.- B., *Réflexions sur les voies de recours en droit de l'arbitrage propos introductifs*, Rev. arb. 2018, n°1, p.4.

<sup>645</sup> Article 1524 alinéa 2 du Code de procédure civile applicable en matière internationale : « *Toutefois, le recours en annulation de la sentence emporte de plein droit, dans les limites de la saisine de la cour, recours contre l'ordonnance du juge ayant statué sur l'exequatur ou dessaisissement de ce juge.* »

<sup>646</sup> D'après l'article 1522 alinéa 2 du Code de procédure civile français qui renvoie à l'article 1520 du même Code.

de l'*exequatur*. La notification est faite par voie de signification à moins que les parties en conviennent autrement.<sup>647</sup> »

**655. La renonciation au recours en annulation et la fin du caractère d'ordre public de celui-ci :** Il était traditionnellement admis que le recours en annulation devant les tribunaux français avait un caractère d'ordre public. Aucune convention contraire ne pouvait lui faire échec<sup>648</sup>. Les législations favorables à la renonciation au recours en annulation sont nombreuses<sup>649</sup> et la France est venue rejoindre leur rang lors de la parution du décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 qui a créé, par son article 2, l'article 1522 du Code de procédure civile. L'importance de cette nouveauté a été encadrée afin que les parties aient conscience de la gravité de cette renonciation ce qui nécessite une « *convention spéciale* » pour matérialiser « *expressément* » leur renonciation, susceptible d'intervenir « *à tout moment* » soit dès la conclusion de la convention d'arbitrage, au cours de la procédure ou après la reddition de la sentence. Cette renonciation permet d'interjeter appel contre l'ordonnance *d'exequatur* ce qui a pour conséquence de déplacer le contrôle de la sentence du pays du siège vers celui de l'exécution. Appliquer au droit de la famille, cela pourrait par exemple déplacer le contrôle de la sentence vers le pays du lieu de résidence de l'enfant déplacé.

**656. Le recours en révision, voie de recours extraordinaire :** cette voie de recours concerne principalement le droit interne de l'arbitrage français. Il est partiellement admis en matière internationale en application des dispositions de l'article 1502 du Code de procédure civile. Préalablement, la Cour de cassation l'avait exceptionnellement accepté sur le fondement des principes généraux du droit en matière de fraude aux termes d'un arrêt rendu le 25 mai 1992<sup>650</sup>. L'objectif de ce recours, ouvert en cas de fraude ou de faux, est de revoir la sentence devant le tribunal arbitral qui a statué et qui a été trompé.

**657. Les sentences rendues à l'étranger en matière d'arbitrage international**

**658. Le recours contre l'ordonnance ayant admis la reconnaissance ou l'*exequatur* :** le seul recours ouvert à l'encontre d'une sentence arbitrale rendue à l'étranger est

---

<sup>647</sup> Article 1522 alinéa 3 du Code de procédure civile français.

<sup>648</sup> En ce sens voir PARIS, 1<sup>ère</sup> ch. Suppl., 16 février 1989, *Almira*, Rev. arb. 1989.711, note L.IDOT, PARIS 1<sup>ère</sup> ch. C, 19 octobre 2000, 2 octobre 2003, 16 octobre 2003, 19 février 2004, Rev. arb. 2004.859, note L.JAEGER ; comp. TF suisse, 4 février 2005, Rev. arb. 2005, chron. Jurisp. Etr. Par BESSON S..

<sup>649</sup> Article 192 LDIP suisse

Article 78-6 de la loi tunisienne du 26 avril 1993

Article 126 de la loi du 13 novembre 1997 et article 68-3 du décret législatif du 27 juin 2008

Article 40 de la loi du 30 décembre 2008.

<sup>650</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 25 mai 1992, *Fougerolle c/ Procofrance*, Rev. arb. 1993.3s3, comm. De BOISSESON M., JDI 1992.974, note LOQUIN E., Rev. crit. DIP 1992.699, note OPPETIT B. : « *la rétractation d'une sentence rendue en France en matière d'arbitrage international doit être exceptionnellement admise lorsque le tribunal demeure constitué ou peut être de nouveau réuni après le prononcé de la sentence* ».

l'appel. L'appel est possible non seulement contre une ordonnance de refus de la reconnaissance ou de *l'exequatur* mais aussi contre une ordonnance qui accorde la reconnaissance ou *l'exequatur*. Comme pour les sentences arbitrales rendues en France, les modalités de ce recours sont prévues à l'article 1523 du Code de procédure civile, susvisé. En cas de recours contre une décision qui refusait *l'exequatur* : si l'appel est favorable, le recours vaudra *exequatur* de la sentence arbitrale rendue à l'étranger, si l'appel est défavorable alors la sentence rendue à l'étranger sera inopposable en France<sup>651</sup>. La jurisprudence estime qu'une partie qui serait condamnée par une sentence arbitrale rendue à l'étranger ne peut pas demander *l'exequatur* de celle-ci au motif qu'elle ne disposerait pas d'intérêt à agir<sup>652</sup>.

**659. L'impact sur la demande d'exequatur d'une annulation de la sentence à l'étranger :** Ce n'est pas parce qu'une sentence a été annulée à l'étranger qu'elle le sera également en France. Aussi, la jurisprudence a régulièrement confirmé l'efficacité, en France, d'une sentence arbitrale annulée à l'étranger<sup>653</sup>, contrairement à la position retenue par la Convention de New York du 10 juin 1958<sup>654</sup>.

**660. Critique portant sur les voies de recours :** « *les innovations les plus*

---

<sup>651</sup> TGI de PARIS, 22 octobre 1989, Rev. arb. 1990.693, note MOREAU B., Rev. crit. DIP 1991.107, note JOBART-BACHELLIER M.- N..

<sup>652</sup> PARIS, 10 novembre 1987, Rev. arb. 1989.669, note BOUSQUET A.- D..

<sup>653</sup> Pour les différents arguments théoriques développés par la jurisprudence voir notamment les arrêts suivants : Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 octobre 1984, *Norsolor*, Rev. arb., 1985.431, GOLDMAN B., JDI 1985.679, note KAHN Ph., D.1985.101, note ROBERT J. et ROBERT J. ; D.1985. Chron. 83 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 23 mars 1994, Rev. crit. DIP 1995.359, note OPPETIT B., Rev. arb. 1994.327, note JARROSSON Ch. ; JDI 1994.701, note GAILLARD E. ; RTD com 1994, obs DUBARRY J.- Cl. et LOQUIN E. ; civ. 2<sup>ème</sup>, 10 juin 1997, JDI.1033 note GAILLARD E., Adde PARIS 1<sup>ère</sup> ch. C., 1<sup>er</sup> mars 2001, Rev. arb. 2001.584, 1<sup>ère</sup> esp., obs. RACINE J.- B., PARIS, 14 janvier 1997, *Chromalloy*, Rev. arb. 1997.395, note FOUCHARD Ph., adde, PARIS 1<sup>ère</sup> ch. C, 29 sept.2005, *Bechtel*, D. 2005. Pan.3063 par CLAY Th., *Stockholm Int. Arb. Review* 2005.3.151. obs. MOURRE A. ; Rev. arb. 2006.695, note MUIR-WATT H., *US District Court of Colombia*, 31 juillet 1996, Rev. arb. 1997.439 et 17 mars 1996, Rev. arb. 2006.786, note PAULSSON J., PARIS 29 septembre 2005, Rev. crit. DIP 2006.387, note SZEKELY A., *Stockholm Int. Arb. Rev.* 2005.3.151 s., obs. MOURRE A., PARIS (Pôle 1), 24 novembre 2011, Rev. arb. 2012.134, note LAAZOUZI M., PARIS, 23 oct.1997, Rev. arb.1998.143, note FOUCHARD Ph., PARIS, 31 mars 2005, Rev. arb. 2005.665, note GAILLARD E., Amsterdam, Rev. arb. 2009.557, note BOLLE S., C. suprême d'Autriche, 20 octobre 1993, Rev. arb. 1998.419, note LASTENOUSSE P. et SENKOVIC P., PARIS 12 fév. 1993, Rev. arb. 1993.255, 2<sup>ème</sup> esp., note HASCHER D., Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juin 1997, JDI.1033, note GAILLARD E., civ. 1<sup>ère</sup>, 29 juin 2007 (deux arrêts), *Putrabali*, *op. cit.*

Voir aussi POUURET J.- F., *Quelle solution pour en finir avec l'affaire Hilmarton ? Réponse à FOUCHARD Ph.*, Rev. arb. 1998.7 s.

FOUCHARD Ph., *La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine*, Rev. arb. 1997.329 s.

GAILLARD E., *L'exécution des sentences annulées dans leur pays d'origine*, JDI 1998.645 s.

<sup>654</sup> Article VI de la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères : « *Si l'annulation ou la suspension de la sentence est demandée à l'autorité compétente visée à l'article V, paragraphe 1 e, l'autorité devant qui la sentence est invoquée peut, si elle l'estime appropriée, surseoir à statuer sur l'exécution de la sentence; elle peut aussi, à la requête de la partie qui demande l'exécution de la sentence, ordonner à l'autre partie de fournir des sûretés convenables.* »



spectaculaires du décret concernant les voies de recours.<sup>655</sup> » « Cette réforme parfaitement en phase avec les besoins de la pratique, mûrement réfléchie et unanimement appréciée, a modifié, en partie, le régime des voies de recours.<sup>656</sup> » Un tel constat si positif écourte toute éventuelle réflexion de remise en question du système. Il est néanmoins possible de se demander s'il ne serait pas « envisageable de donner plus de liberté aux parties dans l'organisation des voies de recours contre les sentences arbitrales qui les concernent ?<sup>657</sup> » et si les voies de recours actuellement appliquées seraient aisément transposables à la matière familiale lorsqu'il s'agit d'apprécier « la lésion grave aux droits de l'une des parties » énoncé par l'article 1526 du Code de procédure civile ? N'est-ce pas dangereux pour une partie, sentimentale plus faible, de renoncer au recours en annulation prévue par l'article 1522 du Code de procédure civile français dans l'hypothèse, par exemple, où l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public en matière internationale, comme cela pourrait être le cas si le principe d'égalité entre époux n'était pas respecté dans le cadre d'un divorce ? Au contraire, le droit de la famille étant épris de liberté, ne faudrait-il pas permettre aux parties de fixer elles-mêmes le curseur du recours en annulation : au lieu de renoncer totalement à ce recours, ne faudrait-il pas nuancer la renonciation et choisir les points clefs auxquels les parties ne renoncent pas et ceux qui pourraient faire l'objet d'une renonciation ?

**661. L'exemple du droit suisse et l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 1<sup>er</sup> mars 2016, *Tabbane*<sup>658</sup> :** l'article 190 L. DIP suisse dispose que « 1. La

<sup>655</sup> LOQUIN E., *Perspectives pour une réforme des voies de recours*, Rev. arb., 1992.321, spéc. p.323, cité in RACINE J.- B., *Réflexions sur les voies de recours en droit de l'arbitrage propos introductifs*, Rev. arb. 2018, n°1, p.4.

<sup>656</sup> RACINE J.- B., *Réflexions sur les voies de recours en droit de l'arbitrage propos introductifs*, Rev. arb. 2018, n°1, p.4.

<sup>657</sup> RACINE J.- B., *Réflexions sur les voies de recours en droit de l'arbitrage, propos introductifs*, Rev. arb., 2018, n°1, p.6.

<sup>658</sup> Cour EDH, 1<sup>er</sup> mars 2016, *Tabbane*, 41069/12, décision 1.3.2016 [section III], §34, D., 2016.2025, obs BOLLEE S., MARCHADIER F., *Interprétation du contrat, liberté contractuelle et renonciation à certains aspects du droit au juge*, CEDH, 1<sup>er</sup> mars 2016, n°41069/12, *Tabbane contre Suisse*, Revue des contrats, n°1, n°113y8, p.147 : le requérant de nationalité tunisienne avait conclu avec une société française un contrat conformément au droit de l'Etat de New York. Ce contrat contenait une convention d'arbitrage ainsi qu'une clause d'exclusion de tout recours « *the decision of the arbitration shall be final and binding and neither party shall have any right to appeal such decision to any court of law* ». Un litige survint. Les parties conviennent de fixer le lieu du siège du tribunal arbitral à Genève. La sentence arbitrale qui a été rendue par ce tribunal genevois était défavorable au requérant. Il prétendait avoir compris qu'un appel était possible. Le Tribunal fédéral suisse refusa d'examiner la sentence dans la mesure où les parties avaient renoncé à tout recours contre toute décision du tribunal arbitral comme le permet l'article 192 de la loi fédérale suisse sur le droit international privé. Il a été considéré que la voie de l'arbitrage n'était pas imposée par la loi. Les parties l'ont convenu contractuellement, expressément, librement, sans contrainte, tout comme leur renonciation à la possibilité de soumettre leur litige à un tribunal ordinaire qui aurait offert l'ensemble des garanties de l'article 6. Le droit d'accès à un tribunal n'a pas été atteint dans sa substance même, aussi, l'argument a été déclaré irrecevable pour défaut manifeste de fondement : « *La voie de l'arbitrage n'était pas imposée par la loi, mais était le fruit de la liberté contractuelle des parties. Sans aucune contrainte, le requérant avait expressément et librement renoncé à la possibilité de soumettre les litiges potentiels à un tribunal ordinaire qui lui aurait offert l'ensemble des garanties de l'article 6. Pour la Cour, cette renonciation*

*sentence est définitive dès sa communication. / 2. Elle ne peut être attaquée que : a) lorsque l'arbitre unique a été irrégulièrement désigné ou le tribunal arbitral irrégulièrement composé ; b) lorsque le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ; c) lorsque le tribunal arbitral a statué au-delà des demandes dont il était saisi ou lorsqu'il a omis de se prononcer sur un des chefs de la demande ; d) lorsque l'égalité des parties ou leur droit d'être entendues en procédure contradictoire n'a pas été respecté ; e) lorsque la sentence est incompatible avec l'ordre public. (...) » L'article 192.1 L.DIP suisse in fine énonce que « si les deux parties n'ont ni domicile, ni résidence habituelle, ni établissement en Suisse, elles peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou un accord écrit ultérieur, exclure tout recours contre les sentences du tribunal arbitral ; elles peuvent aussi n'exclure le recours que pour l'un ou l'autre des motifs énumérés à l'article 190, al.2. ». Ces deux articles illustrent la liberté autorisée par le droit suisse. La Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcé favorablement, aux termes de l'arrêt *Tabbane*, en leur articulation avec le célèbre article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, qui garantit le droit à un procès équitable et qui dispose que : « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la*

---

*est intervenue sans équivoque. Par voie d'interprétation de la volonté des parties, le Tribunal fédéral a conclu que celles-ci avaient entendu exclure tout recours. À la lumière du libellé de la clause, et dans la mesure où la Cour est compétente pour trancher cette question, une telle conclusion ne paraît ni arbitraire ni déraisonnable. Un minimum de garanties, correspondant à son importance, entourait cette renonciation. Le requérant a d'abord pu élire un arbitre de son choix, lequel s'est accordé avec les deux autres arbitres pour fixer à Genève le siège du tribunal arbitral, plaçant ainsi l'arbitrage sous l'empire du droit suisse. Par ailleurs, le Tribunal fédéral a entendu les arguments du requérant et a pris en compte tous les éléments factuels et juridiques objectivement pertinents. Son arrêt est dûment motivé ; aucune apparence d'arbitraire n'en ressort. La disposition légale litigieuse reflète un choix de politique législative répondant à un double souhait du législateur suisse : d'une part, augmenter l'attractivité et l'efficacité de l'arbitrage international en Suisse, en évitant que la sentence soit soumise au double contrôle de l'autorité de recours et du juge de l'exequatur ; d'autre part, décharger le Tribunal fédéral. Par rapport au but poursuivi, cette disposition n'apparaît pas disproportionnée. D'abord, la renonciation à tout recours n'est pas une obligation : il s'agit simplement d'une faculté laissée au libre choix des parties qui n'ont pas d'attaches en Suisse. Ensuite, lorsque les parties ont opté pour cette exclusion, la loi prévoit l'applicabilité par analogie de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, si la sentence doit être exécutée en Suisse ; les tribunaux arbitraux se voient alors exposés au contrôle des tribunaux ordinaires, puisque l'article V de ladite convention énumère un certain nombre de motifs permettant exceptionnellement de refuser la reconnaissance et l'exécution d'une sentence. »*

*publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice. »* Selon l'arrêt *Tabbane*, « *en bref, la restriction poursuivait un but légitime, à savoir la mise en valeur de la place arbitrale suisse, par des procédures souples et rapides, tout en respectant la liberté contractuelle du requérant, et ne saurait être considérée comme disproportionnée. Dès lors, le droit d'accès à un tribunal n'a pas été atteint dans sa substance même. »*

**662. Projet de modification de la loi sur le Tribunal fédéral suisse :** aux termes de ce projet actuellement en discussion, il existe notamment deux points susceptibles d'avoir des conséquences sur les recours contre les sentences arbitrales. Tout d'abord, la possibilité pour un juge fédéral de mentionner une opinion minoritaire dans une décision écrite. Ensuite, celle du relèvement du plafond des émoluments judiciaires, qui sont des droits de greffe, jusqu'à un maximum d'un million de francs suisses.

**663. L'exemple du droit belge :** Sans être trop invasif, « *l'expérience belge montre que la suppression du recours en annulation pour les sentences internationales a fait fuir les utilisateurs de l'arbitrage, à tel point que ce recours a été rétabli par la suite, sous réserve d'une possibilité de renonciation*<sup>659</sup> ».

**664. L'importance de l'équilibre :** Tout est question d'équilibre et les exemples en droit comparé le prouvent. En matière familiale, un équilibre du contrôle international est encore plus fondamental. « *Le contrôle de la sentence est tout sauf un passage en douane. La sentence n'est pas une valise que l'on ouvre pour la fouiller avant de la laisser pénétrer dans son ordre juridique.*<sup>660</sup> »

## **Section II - La portée du contrôle de la décision arbitrale**

**665. « Honorer la justice, réhabiliter l'arbitrage » :** En matière commerciale, la Cour d'appel de PARIS a annulé les sentences arbitrales des 7 juillet et 27 novembre 2008 (CA Paris, 17 février 2015, n°13/13278), accordant 405 millions d'euros à Bernard TAPIE, dans le litige l'opposant au Crédit Lyonnais : « *La Cour d'appel de Paris a rendu un grand arrêt qui honore la justice et réhabilite l'arbitrage. C'est d'autant plus remarquable que le contexte*

---

<sup>659</sup> RACINE J.- B., *Réflexions sur les voies de recours en droit de l'arbitrage propos introductifs*, Rev. arb. 2018, n°1, p.10.

<sup>660</sup> HASCHER D., *Les perspectives françaises sur le contrôle de la sentence internationale ou étrangère*, cité in RACINE J.- B., *Réflexions sur les voies de recours en droit de l'arbitrage propos introductifs*, Rev. arb. 2018, n°1, p.9.

*était lourd. Mais la méticulosité de sa motivation et sa rigoureuse conformité au droit de l'arbitrage le place, à mon avis, à l'abri de toute critique sérieuse. Sur la recevabilité du recours en révision, sur la qualification interne ou internationale de l'arbitrage, sur l'absence d'indépendance d'un arbitre, sur le pacte frauduleux, etc. à chaque fois la Cour a développé une motivation serrée et implacable. L'arrêt est d'ailleurs accablant pour les fraudeurs, accusés de « dissimuler les liens anciens, étroits et répétés (...) dans le dessein ourdi par l'arbitre de concert avec M. Tapie et son représentant, de favoriser, au cours de l'arbitrage les intérêts de cette partie ». Il est montré que cet arbitre aurait agi « au mépris de l'exigence d'impartialité (...) en assurant une mainmise sans partage sur la procédure arbitrale, en présentant le litige de manière univoque puis en orientant délibérément et systématiquement la réflexion du tribunal en faveur des intérêts de la partie qu'il entendait favoriser par connivence avec celle-ci et son conseil » et en ayant « circonvenu les deux autres dans un dessein frauduleux » (...) c'est une décision qui met en pièce la stratégie de contournement de la justice étatique de B. TAPIE depuis des années. La Cour redevient compétente sur le fond du litige. L'arbitrage n'était pas fait pour ça. Il était important que ce soit dit, et cela a été admirablement dit <sup>661</sup>».*

**666. Le rappel des principes :** L'arbitrage doit respecter des règles. La justice étatique veille au bon respect de celles-ci lorsqu'une Cour d'appel exerce un contrôle sur une sentence arbitrale. C'est le même contrôle qui est exercé à l'encontre d'un recours direct contre la sentence ou en cas d'appel contre l'ordonnance d'*exequatur*. Il est également identique que la sentence soit rendue en France ou à l'étranger. En effet, « un point important mérite d'être souligné : le fait que la sentence étrangère puisse être qualifiée de sentence « interne » à l'ordre juridique étranger, selon les conceptions de celui-ci, voire selon les conceptions françaises, est indifférent : le régime du contrôle de la sentence étrangère interne est identique à celui de la sentence étrangère internationale, les chefs de contrôle étant définis par l'article 1520 du Code de procédure civile. <sup>662</sup>» Le contrôle exercé par la Cour d'appel est celui prévu à l'article 1520 du Code de procédure civile français, et uniquement les cinq points énumérés aux termes de cet article. Néanmoins, « si la mission de la cour d'appel, saisie en vertu des articles 1502 et 1504 du nouveau Code de procédure civile, est limitée à l'examen des vices énumérés par ces textes,

---

<sup>661</sup> CLAY Th., *La présentation sous forme de « code » épouse la conception autonomiste de l'arbitrage*, La Semaine Juridique, édition générale, n°8, 23 février 2015, p.351, entretien n°211.

<sup>662</sup> TRAIN F.-X., *Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères : le droit français au prisme de la Convention de New York*, Revue internationale de droit comparé. Vol. 66 N°2, 2014. Études de droit contemporain. Contributions françaises au 19e Congrès international de droit comparé, Vienne, 20 - 26 juillet 2014, p. 249-282.

*aucune limitation n'est apportée à son pouvoir de rechercher en droit et en fait tous les éléments concernant les vices en question. Les juges peuvent ainsi interpréter le contrat pour apprécier eux-mêmes si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage.*<sup>663</sup> »

**667. Les cinq cas de contrôle de l'article 1520 du Code de procédure civile français :** L'article 1520 du Code de procédure civile français dispose que « *le recours en annulation n'est ouvert que si : 1. Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ; ou 2. Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ; ou 3. Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ; ou 4. Le principe du contradictoire n'a pas été respecté ; ou 5. La reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international.* »

**668. Les cinq cas de contrôle de l'article 190 IX de la loi fédérale suisse de droit international privé :** « *1. La sentence est définitive dès sa communication. 2. Elle ne peut être attaquée que : a) lorsque l'arbitre unique a été irrégulièrement désigné ou le tribunal arbitral irrégulièrement composé ; b) lorsque le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ; c) lorsque le tribunal arbitral a statué au-delà des demandes dont il était saisi ou lorsqu'il a omis de se prononcer sur un des chefs de la demande ; d) lorsque l'égalité des parties ou leur droit d'être entendues en procédure contradictoire n'a pas été respecté ; e) lorsque la sentence est incompatible avec l'ordre public. (...)* »

**669. La demande d'annulation au regard du droit belge :** La rédaction des articles 1680<sup>664</sup> et 1717<sup>665</sup> a pour objectif d'assurer la rapidité des procédures car c'est un aspect souvent

---

<sup>663</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 6 janvier 1987, n°84-17274, Bull., 1987, I, n°2, p.1., JDI 1987.638, note GOLDMAN G., Rev. arb. 1987.469, note LEBOULANGER Ph..

<sup>664</sup> L'article 1680 du Code judiciaire belge dispose que « *1. Le président du tribunal de première instance, statuant comme en référé, sur requête unilatérale présentée par la partie la plus diligente, désigne l'arbitre conformément à l'article 1685 §§ 3 et 4. Le président du tribunal de première instance statuant comme en référé, sur citation procède au remplacement de l'arbitre, conformément à l'article 1689 §2. La décision de nomination ou de remplacement de l'arbitre n'est pas susceptible de recours. Toutefois, appel peut être interjeté contre cette décision lorsque le président du tribunal de première instance déclare n'y avoir lieu à nomination. §2. Le président du tribunal de première instance statuant comme en référé, sur citation, se prononce sur le déport d'un arbitre conformément à l'article 1685, §7, sur la récusation d'un arbitre conformément à l'article 1687 §2, et sur la carence ou l'incapacité d'un arbitre dans le cas prévu à l'article 1688 §2. Sa décision n'est susceptible d'aucun recours. §3. Le président du tribunal de première instance statuant comme en référé, peut impartir un délai à l'arbitre pour rendre sa sentence dans les conditions prévues à l'article 1713 §2. Sa décision n'est susceptible d'aucun recours. §4. Le président du tribunal de première instance statuant comme en référé prend toutes les mesures nécessaires en vue de l'obtention de preuve (...). Sa décision n'est susceptible d'aucun recours. (...)* »

<sup>665</sup> L'article 1717 du Code judiciaire belge dispose que : « *1. la demande d'annulation n'est recevable que si la sentence ne peut plus être attaquée devant les arbitres. 2. La sentence arbitrale ne peut être attaquée que devant le tribunal de première instance, par voie de citation. Il statue en premier et dernier ressort conformément aux dispositions de l'article 1680 §5. La sentence ne peut être annulée que dans les cas énumérés au présent article. 3. La sentence arbitrale ne peut être annulée que si : a) la partie en faisant la demande apporte la preuve : i) qu'une partie à la convention d'arbitrage visée à l'article 1681 était frappée d'une incapacité ; ou que ladite convention n'est pas valable en vertu du droit auquel les parties l'ont soumise ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu du droit belge ; ou ii) qu'elle n'a pas été dûment informée de la désignation d'un arbitre ou de la*

considéré comme déterminant pour inciter les parties à choisir la Belgique comme lieu de l'arbitrage.

**670.** Les critères énoncés par l'article 1520 du Code de procédure civile français ne sont pas cumulatifs. Ils sont alternatifs. De ces cinq points de contrôle se dégagent deux axes. D'une part, le contrôle en cas d'une irrégularité avec les trois premiers points (§1), et d'autre part, celui en cas de contrariété à l'ordre public international avec les deux derniers points (§2).

### § 1. En cas d'irrégularité

**671. Irrégularité liée à la compétence – ou non – du tribunal arbitral :** Cette hypothèse serait celle où le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent, où il se serait fondé sur une convention d'arbitrage qui ne réunirait pas les conditions requises pour exister, être valable juridiquement et temporellement. L'existence de la convention d'arbitrage est susceptible d'être contestée si celle-ci n'est pas explicite. Il pourrait en être ainsi par exemple si elle était contenue dans un projet d'acte, si elle était implicitement évoquée par référence, si une partie n'a pas signé le contrat qui la contient, etc. Deux griefs majeurs pourraient être évoqués contre la validité d'une convention d'arbitrage. Le premier type de grief serait celui qui concerne le domaine de la convention d'arbitrage si le litige n'était pas arbitral. Le second type de grief serait celui relatif à l'essence même de la nature contractuelle d'un tel accord, par exemple en cas d'incapacité, de défaut de pouvoir, de vice de consentement, etc. Dans cette perspective, la validité de la convention peut également être remise en cause temporellement si celle-ci était considérée comme caduque. Appliqué au droit de la famille, il est aisé de concevoir une convention d'arbitrage contenue dans un projet d'acte, non signée par toutes les parties. Il

---

*procédure arbitrale ou qu'il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses droits ; dans ce cas, il ne peut toutefois y avoir annulation s'il est établi que l'irrégularité n'a pas eu d'incidence sur la sentence arbitrale ; ou iii) que la sentence porte sur un différend non visé ou n'entrant pas dans les prévisions de la convention d'arbitrage, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes de la convention d'arbitrage, étant entendu toutefois que, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, seule la partie de la sentence contenant des décisions sur les questions non soumises à l'arbitrage pourra être annulée ; ou iv) que la sentence n'est pas motivée ; ou v) que la constitution du tribunal arbitral ou la procédure arbitrale, n'a pas été conforme à la convention des parties, à condition que cette convention ne soit pas contraire à une disposition de la sixième partie du présent Code à laquelle les parties ne peuvent déroger, ou, à défaut d'une telle convention, qu'elle n'a pas été conforme à la sixième partie du présent Code ; à l'exception de l'irrégularité touchant à la constitution du tribunal arbitral, ces irrégularités ne peuvent toutefois donner lieu à annulation de la sentence arbitrale s'il est établi qu'elles n'ont pas eu d'incidence sur la sentence ; ou vi) que le tribunal arbitral a excédé ses pouvoirs ; ou b) le tribunal de première instance constate : i) que l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage ; ou ii) que la sentence est contraire à l'ordre public ; ou iii) que la sentence a été obtenue par fraude (...)* ».

est encore plus probable qu'elle soit concernée par un litige qui ne serait pas arbitral. Ce qui pourrait sembler moins évident serait la caducité de la convention. Néanmoins, il est possible d'illustrer le propos par une convention d'arbitrage contenue aux termes d'un testament qui porte sur un bien vendu au jour du décès ou désigne comme légataire une personne prédécédée : si le testament est sans objet, la convention d'arbitrage y afférent serait caduque, sauf à plaider l'autonomie de cette dernière pour l'utiliser au sujet d'un autre différend de la succession, auquel cas, il semblerait plus opportun de convenir d'une autre convention d'arbitrage.

**672. Irrégularité liée à la constitution du tribunal arbitral :** La composition du tribunal arbitral relève de la volonté des parties. Ce droit subjectif est exprimé directement ou par référence à un règlement d'arbitrage ou à une loi de procédure, il s'exerce dans un souci d'égalité entre les parties. En cas de difficultés, les parties saisissent le juge d'appui, ce qui limite ultérieurement le recours en annulation sur ce fondement. Celui-ci sanctionne, en pratique, essentiellement les hypothèses d'irrégularités liées au défaut d'indépendance ou d'impartialité des arbitres.

**673. Irrégularité liée à l'exercice de la mission du tribunal arbitral :** Ce contrôle n'a pas pour finalité de vérifier le raisonnement juridique de l'arbitre, ni la loi appliquée par ce dernier. Le juge de l'annulation contrôle d'une part, le respect de la mission de l'arbitre sur l'ensemble des demandes des parties, ce dernier ne doit pas en avoir oublié, ni en avoir ajouté, et d'autre part, qu'il a respecté les règles de procédures et de fond.

**674.** L'arbitre doit trancher sur ce que demandent les parties. Le juge vérifie que l'arbitre ait tranché en ce sens, ni plus, ni moins. Cet alinéa 3 de l'article 1520 du Code de procédure civile français s'articule avec l'article 1485 alinéa 2 du même Code, applicable en matière d'arbitrage international conformément aux dispositions de l'article 1506 dudit Code. L'article 1485 alinéa 2 du Code de procédure civile français dispose qu' « (...) *à la demande des parties, le tribunal arbitral peut interpréter la sentence, réparer les erreurs et omissions matérielles qui l'affectent ou la compléter lorsqu'il a omis de statuer sur un chef de demande. Il statue après avoir entendu les parties ou celles-ci appelées.* »

**675.** L'arbitre doit respecter les règles de procédures et de fond telles qu'elles ont été conventionnellement fixées par les parties et la Cour d'appel ne se prononce pas sur la manière dont le droit applicable a été appliqué et interprété. L'annulation de la Cour d'appel sur le fondement de l'article 1520 alinéa 3 s'exercerait si l'arbitre avait statué en amiable compositeur sans l'avoir été autorisé par les parties, sauf en cas de référence incidente à l'équité, sous réserve

des évolutions jurisprudentielles<sup>666</sup>.

**676.** L'article 1520 du Code de procédure civile française énonce encore deux derniers points (§2).

## § 2. En cas de contrariété à l'ordre public en matière internationale

**677. Le respect du principe du contradictoire :** Le principe du contradictoire est un « principe supérieur (...), indispensable au déroulement d'un procès équitable <sup>667</sup> (...) ». Ce principe permet d'assurer aux parties l'égalité d'accès aux éléments de d'information, de faits

---

<sup>666</sup> « La confusion entre l'appel dirigé contre la sentence et le recours en annulation est l'une des pathologies bien connues du droit de l'arbitrage commercial international. Le droit français de l'arbitrage interne ouvre alternativement les deux voies de recours. Lorsque les parties n'ont pas renoncé à la voie de l'appel, celle-ci est seule ouverte contre la sentence (CA Paris, 26 mai 1987, Rev. arb. 1987. 509, note Jarrosson ; 23 mars 1993, Rev. arb. 1995. 469). La Cour d'appel doit alors dans un premier temps statuer sur la demande d'annulation de la sentence et dans un second temps, si la sentence n'est pas annulée, sur son éventuelle réformation. Le recours en annulation est au contraire ouvert si la sentence n'est pas susceptible d'appel (art. 1482 et 1483 NCPC). Le droit français de l'arbitrage international prévoit un recours en annulation dirigé contre la sentence rendue en France, et à défaut, un appel ayant pour objet l'ordonnance du juge français de l'exequatur (art. 1502 et 1504 NCPC). Lorsque le recours en annulation est ouvert, l'ordonnance qui accorde l'exécution de la sentence n'est susceptible d'aucun recours, mais le recours en annulation emporte de plein droit, dans les limites de la saisine de la Cour, recours contre l'ordonnance d'exequatur (art. 1504, 2<sup>e</sup> al.). La voie de l'appel est donc fermée lorsque l'arbitrage est international. (...) Dans la première espèce, (...) il est alors jugé qu'aucun appel d'une telle sentence n'est possible. L'arrêt déclare irrecevable l'appel et reçoit le recours en annulation. La décision par préjuge pas sur le moyen soutenant la nullité de la clause compromissoire en raison de la prévision par celle-ci de la voie d'appel, lequel moyen sera jugé par une décision ultérieure. La clause pathologique est en principe « mortelle » pour l'arbitrage. La Cour d'appel de Paris a en effet jugé à plusieurs reprises que la prévision de l'appel devenue inopérante est un élément déterminant le consentement des parties. L'impossibilité du double degré de juridiction voulue par les parties produit la nullité de la convention d'arbitrage en raison de l'erreur sur un élément substantiel qui vicie le consentement des parties (2 oct. 1994, Rev. arb. 1995. 262, note Level ; 12 déc. 1989, Rev. arb. 1990. 862 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 avr. 1994, Rev. arb. 1995. 262). Dans la seconde espèce, la solution tombe comme un couperet sur le plaideur peu habile à distinguer l'appel du recours en annulation en matière d'arbitrage international. Le plaideur avait dans un premier temps relevé appel d'une sentence, mais avait conclu à l'annulation de celle-ci. Il avait ensuite inscrit au rôle un recours en annulation après avoir requalifié sa demande. La Cour d'appel refuse de donner un effet à cette requalification au motif « qu'en application de l'article 1507 du NCPC, l'article 1487, alinéa 2 qui permet, en matière d'arbitrage interne, une requalification du recours tant que la Cour n'est pas saisie, est sans application en matière d'arbitrage international ». La solution est incontestable. Il est vrai que l'article 1487, alinéa 2 du NCPC permet aux parties de modifier la qualification donnée à la voie de recours jusqu'à ce que la Cour d'appel soit saisie, c'est-à-dire avant le jour de la remise au greffe de la demande d'inscription au rôle, date qui marque la fin de toute possibilité de repentir (...). En revanche, l'article 1507 du NCPC exclut l'application de l'article 1487, alinéa 2 lorsque l'arbitrage est international. La différence de traitement peut être expliquée par le fait qu'en matière interne, l'appel et le recours en annulation coexistent. L'article 1457, alinéa 2 du NCPC permet de corriger « une éventuelle erreur de tir » (...). Au contraire, en matière internationale, la confusion n'est pas permise car seul le recours en annulation est ouvert. Mais il est vrai qu'il est parfois difficile de déterminer si l'arbitrage est interne ou international. On peut alors regretter que le droit de repentir prévu par le droit interne de l'arbitrage ne soit pas admis dans l'arbitrage international. » LOQUIN E., *sentences internationales – voies de recours. Article 1504 du NCPC. Conventions d'arbitrage prévoyant un appel dirigé contre la sentence. Irrecevabilité de l'appel. Recours en annulation recevable. Requalification du recours. Arbitrage international.* RTD com., 2001, p.649.

<sup>667</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 5 février 1991, pourvoi n°89-14.382, Bull. 1991, I, n°44, p.28.



et de droit, qui serviront à trancher le litige. Les preuves, les documents, les témoignages, etc., tout est communiqué aux parties qui peuvent échanger et ainsi se défendre en connaissance de cause. Ce principe évite des pertes de chance, perte de gain et tout autre désagrément qui porterait préjudice à l'une des parties. L'arbitrage est une justice privée garante du principe de loyauté procédurale, dans lequel s'intègre le principe de l'*estoppel*, ou l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui. « *La référence à la règle de l'estoppel, promu au rang de principe positif du droit français, a été justement saluée. Ce principe encore appelé principe d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui énonce « qu'une partie ne peut se prévaloir d'une position contraire à celle qu'elle a fait valoir auprès d'une autre partie et qui a conduit cette autre partie à modifier sa position initiale à son détriment ».* La règle est connue de la *Common Law*, mais avec des sens différents dès lors qu'il existe plusieurs *estoppel*. Elle a été intégrée dans la *lex mercatoria* par les tribunaux arbitraux, en tant que principe général du droit du commerce international. L'arrêt commenté a édulcoré le contenu du principe en l'introduisant dans le droit français de l'arbitrage. Au nom de la règle de l'*estoppel*, la Cour de cassation juge qu'une partie ne peut se contredire en invoquant devant le juge de l'annulation de la sentence un moyen inconciliable avec la position qu'elle avait adoptée devant les arbitres. C'est ainsi que le principe interdit, comme en l'espèce, à une partie de soutenir la nullité d'une sentence pour défaut de convention d'arbitrage lorsque cette partie a elle-même saisi le tribunal arbitral. Si l'on peut se féliciter de l'œcuménisme annoncé de la Cour de cassation, était-il nécessaire de faire ici appel à ce principe ? Force est de constater la transformation réductrice du principe de l'*estoppel* par la Cour de cassation. En principe, l'*estoppel* ne peut être opposé que dans les cas où la prise en considération du comportement de la première partie par la seconde a joué au détriment de cette seconde partie.<sup>668</sup> »

**678. Le respect de l'ordre public en matière internationale :** Ce point est fondamental. La sentence arbitrale est une décision de justice internationale qui aura des effets en France, et ces effets, ne peuvent pas impliquer des conséquences contraires à la législation française. Comment serait-il possible d'accueillir une sentence qui refuserait le principe du divorce, l'égalité entre époux, ou qui imposerait une décision arbitrale obtenue par des manœuvres frauduleuses d'une partie, etc. ? L'ordre public en matière internationale est apprécié au regard des conditions de l'élaboration de la sentence mais aussi au résultat qui en découle. En ce qui concerne les conditions, le principe de la contradiction est un principe fondamental et indispensable au déroulement d'un procès équitable. Pour la substance de la

---

<sup>668</sup> *La consécration de l'estoppel par le droit français de l'arbitrage*, RTD com., 2006 p.309.

sentence, la décision ne doit pas être contraire aux principes fondamentaux de l'ordre juridique français en matière internationale. Il ne serait pas possible, par l'arbitrage, mode moderne de règlement des conflits, d'obtenir des décisions surannées, comme par exemple, une décision arbitrale qui appliquerait un droit d'aînesse, une hégémonie masculine, une hiérarchisation des enfants selon les conditions de leurs naissances, ou tout autre décision qui contredirait l'ordre public français en matière internationale. Ce contrôle légitime et fondamental est une garantie en droit de la famille contre des sentences arbitrales influencée par des convictions religieuses, raciales, sexuelles, etc.. Toutefois, aux termes d'un arrêt rendu le 21 mars 2000 dans l'affaire André Verhoeft<sup>669</sup>, la première chambre civile de la Cour de cassation a énoncé que « (...) *la violation de l'ordre public international, au sens de l'article 1502, 5, du nouveau Code de procédure civile, appréciée au moment de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence, doit être flagrante, effective et concrète* ». « *Si la tendance consistant à limiter le contrôle de la violation par les arbitres de l'ordre public international aux hypothèses dans lesquelles la violation est manifeste devait se confirmer, on assisterait à un phénomène curieux du point de vue de la théorie générale des sources du droit (...). Le contrôle est ainsi concentré sur la sentence dans un double souci d'économie de moyens et de faveur à l'arbitrage. La suppression de tout contrôle à l'issue du processus dès lors que la violation de l'ordre public n'est pas « flagrante » revient en pratique à supprimer le contrôle étatique du respect de l'ordre public économique dont la violation est, par nature, rarement flagrante.*<sup>670</sup> »

**679.** L'ordre public en matière internationale s'opposerait également à une sentence arbitrale qui ne respecterait pas une loi de police française. En matière de divorce, une sentence étrangère ne pourrait pas, par exemple, passer outre les dispositions de l'article 215 alinéa 3 du Code civil français. Toutefois, l'objet exact et l'intensité du contrôle mené par la juridiction étatique pour garantir la protection du conjoint dans une telle hypothèse est incertain : le contrôle se limiterait-il au « *caractère flagrant, effectif et concret* » ou le juge effectuerait-il un contrôle approfondi sans néanmoins prendre le risque d'une requalification vers une révision prohibée ?

---

<sup>669</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 21 mars 2000, *affaire Verhoeft*, pourvoi n°98-11799, non publié au bulletin, cité in GAILLARD E., *La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international*, texte de la conférence donnée par la Cour de cassation le 13 mars 2007. Article disponible sur le site de la Cour de cassation, version consultable au 25 septembre 2019.

[https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf\\_2007/13-03-2007/13-03-2007\\_gaillard.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/13-03-2007/13-03-2007_gaillard.pdf)

<sup>670</sup> GAILLARD E., *La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international*, texte de la conférence donnée par la Cour de cassation le 13 mars 2007. Article disponible sur le site de la Cour de cassation, version consultable au 25 septembre 2019.

[https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf\\_2007/13-03-2007/13-03-2007\\_gaillard.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/13-03-2007/13-03-2007_gaillard.pdf)



## **Conclusion du Chapitre 2**

**680.** La portée de la décision arbitrale et du contrôle de celle-ci est organisée et répond aux principes fondamentaux, universels, du droit, en respectant notamment l'ordre public en matière internationale.

**681.** Toutefois, l'ordre public en matière internationale est mouvant, aussi certaines décisions sont susceptibles d'être appréhendées différemment selon les époques et états. Quid de l'intégration d'une sentence étrangère de droit religieux qui prononcerait le divorce et attribuerait la résidence d'un enfant ? Quid d'une sentence étrangère qui contredirait l'ordre public international français mais aurait déjà produit certains effets en France, voir impliquerait le respect d'un droit acquis ?

**682.** Est-ce que pour obtenir certains droits acquis, une course à l'arbitre serait envisagée pour une justice plus expéditive ?



## **Conclusion du Titre 2**

**683.** L'essor de l'arbitrage familial international dépend notamment de la volonté des parties, mais combien de justiciables connaissent cette institution pour en promouvoir son développement, pour s'intéresser aux éventuels avantages dont ils pourraient bénéficier ?

**684.** La mise en œuvre de l'arbitrage en matière familiale nécessite des règles différentes en matière interne et en matière internationale. En droit international, il serait opportun d'uniformiser les législations pour une plus grande efficacité. Les choix des parties relatifs à l'arbitre, à la langue, au déroulement de la procédure, à la loi applicable, à la détermination des tarifs, à l'accord sur les effets attendus, etc. doivent être facilités car le contexte international complexifie les contentieux.

**685.** Outre les parties, il s'avère que la mise en œuvre de l'arbitrage familial international est encouragé par certains praticiens, notamment avocats, qui considèrent être les acteurs privilégiés grâce à leur expérience. Toutefois, pour qu'un essor concret puisse émerger, une stratégie de communication serait nécessaire.



## Conclusion de la Partie 2

**686.** Afin de développer l'arbitrage familial international, serait-il nécessaire d'établir une codification générale des principes du droit international spécifiquement applicable à la matière ? Serait-ce une nécessité ? Concrètement, pour mettre en œuvre, pour permettre un bon fonctionnement de la juridiction arbitrale internationale en matière familiale, faut-il coordonner en un corps de règles positives les solutions consacrées mondialement jusqu'à présent par la pratique ? La tâche peut s'avérer titanesque mais serait-ce opportun d'établir un code qui comprenne les conventions internationales, éventuellement les coutumes internationales, les sentences, l'ensemble commenté par la doctrine, pour que tout arbitre puisse saisir les tenants et aboutissants de la procédure, apprécier rapidement sa pertinence et participer ainsi à sa vulgarisation donc à son expansion ?

**687.** Si l'arbitrage familial international anime les débats doctrinaux et fait l'objet de dispositions plus ou moins récentes, plus ou moins développées, dans les différentes législations, les divergences sont plus nombreuses que les convergences.

**688.** La mise en œuvre de l'arbitrage familial international est plus ou moins grande, mais intéresse de plus en plus la doctrine, les législateurs, comme une alternative intéressante face à l'engorgement des juridictions étatiques et comme une institution plus fonctionnelle dans un contexte de plus en plus internationalisé. En outre, la place de l'arbitrage interpelle au regard du développement des modes alternatifs de règlements des conflits, qui deviennent de plus en plus recommandés avant un procès.

**689.** De nombreuses questions restent en suspens, quant à la composition du tribunal, la compétence d'un arbitre, professionnel ou non, l'impartialité, l'indépendance, la confidentialité, le prononcé des sentences, leur circulation, les voies de recours, etc. La liste des questions ne peut pas être exhaustive. Or, un des nerfs de la guerre pour permettre le développement de l'arbitrage familial en matière internationale soulève aussi la question du financement.





## Conclusion générale

**690.** « *Un mathématicien est comme un aveugle dans une pièce noire, cherchant à voir un chat noir, qui n'est peut-être même pas là... C'est Darwin qui l'avait dit (...)*<sup>671</sup> ». Il en est de même pour un juriste qui au fur et à mesure de sa recherche contemple sa faible avancée, ainsi n'est-il pas possible de tout dire.

**691.** Des principes généraux d'origine lointaine, qui puisaient leur source dans la tradition judéo-chrétienne de l'Europe, s'effacent petit à petit, pour donner naissance à de nouveaux concepts qui s'opposent quelquefois. « *Notre droit serait passé du modèle de la cathédrale au modèle du bazar*<sup>672</sup> ». Par la croissance de l'individualisme, par la contractualisation du droit de la famille, le « modèle cathédrale » est devenu ringard, et c'est par ce recul de ces principes que l'arbitrage familial international peut connaître son essor.

De manière surprenante, certains principes résistent encore, même auprès de personnes non enracinées dans la tradition européenne judéo-chrétienne, et ce pour combien de générations ? « *Le lourd navire des mœurs choisit sa route sous des pressions multiples et lointaines qui échappent à nos volontés et même à nos connaissances*<sup>673</sup> ». Ainsi, le droit va-t-il créer de nouvelles catégories juridiques pour requalifier le corps humain en objet corporel mercantile, pour suivre la science et créer de nouvelles personnes indépendamment de toute méthode « *à l'ancienne*<sup>674</sup> » ? L'argent et le juriste auraient-ils ainsi tout pouvoir pour rendre arbitral l'inarbitral (ou l'impensable) ? Techniquement, tout pourrait être arbitral, mais serait-ce conforme à la philosophie du droit ? *Quid mores sine legibus, quid leges sine moribus*<sup>675</sup> ? Le droit n'est-il pas le garant de la partie faible, le cadre qui structure la société ? Le meilleur arbitrage familial international serait-il celui pratiqué par le juge lui-même qui s'imprègne de la culture de l'arbitrage, développe les qualités d'arbitre, de négociateur, d'équité, d'écoute et de dialogue, évite la consécration d'un rapport de force, les stratégies d'attribution et les paroles cinglantes de mauvaise foi ? Si tout devenait arbitral, serait-ce bon pour la société

---

<sup>671</sup> VILLANI C., *Théorème vivant*, Le livre de Poche, 2013, p.286.

<sup>672</sup> COMMAILLE J., *Les métamorphoses de la gestion politique de l'univers privé des individus*, in Des concubinages, droit interne, droit international, droit comparé, mélanges offerts à J. RUBELLIN-DEVICHI, Litec, 2002, p.28, in FULCHIRON et MALAURIE, la Famille, *op. cit.*, p.26.

<sup>673</sup> ARIES Ph., *Histoire des populations françaises et leur attitude devant la vie depuis le XVIIIème siècle, 1971*, in FULCHIRON et MALAURIE, la Famille, *op. cit.*, p.6.

<sup>674</sup> Expression inspirée par HAUSER J., *Le projet de loi sur le mariage des personnes de même sexe : le paradoxe de la tortue d'Achille*, JCP G, n°44-45, 29 octobre 2012, doct. 1185, p.2004.

<sup>675</sup> Que sont les mœurs sans les lois, que sont les lois sans les mœurs ?

dans la mesure où certaines de ces résistances ne correspondraient-elles pas aux derniers tabous nécessaires pour la survie d'une civilisation<sup>676</sup> ? « Dites, si c'était vrai... ?<sup>677</sup> ». Si c'était vrai, ces inquiétudes concernent-elles vraiment l'arbitrabilité ou plutôt le fait que certaines situations existent ?

**692.** Actuel et décrié, tel pourrait être en résumé l'arbitrage familial international, à l'instar de l'arbitrage commercial international.

**693.** « *En conclusion, si des précautions doivent être prises, notamment dans la constitution du tribunal arbitral et la mise en place de la procédure arbitrale, nous ne doutons pas que l'arbitrage deviendra un mode efficace de règlement des conflits en droit patrimonial de la famille.*<sup>678</sup> »

**694.** Après le plaidoyer en faveur du développement de l'arbitrage en droit patrimonial de la famille, la joie du droit offre le plaisir de plaider le contraire. A la manière d'un Cyrano de Bergerac, le critique pourrait s'exprimer en variant le ton, par exemple, tenez : Agressif : le développement de l'arbitrage en matière familiale n'est absolument pas viable, s'y intéresser c'est perdre son temps. Amical : il est vrai néanmoins que la question mérite d'être posée, intellectuellement. Descriptif : les récentes réformes à ce sujet dans les pays voisins favorisent un quotidien qu'on ne peut ignorer. Curieux : Les réformes des contrées voisines rendent-elles la matière dynamique ou faut-il la restaurer ? Gracieux : aimez-vous à ce point l'arbitrage que maternellement vous vous en préoccupâtes ? Truculent : ça, madame, un sujet brûlant d'actualité, quant à exister...sans hâte. Prévenant : gardez-vous d'ouvrir la boîte de Pandore. Tendre : un jour peut-être ce sujet vaudra de l'or. Pédant : cantonnez-vous à l'*arbitrer* de votre sort, *l'arbitrium familiae gentium* dut connaître un autre essor. Cavalier : l'arbitrage familial est à la mode ? pour ceux qui n'ont rien à juger en somme ! Emphatique : aucun auteur ne peut traiter un tel sujet tout entier, excepté quelqu'un de magistral ! Dramatique : ce qui n'est pas le cas ici, voilà bien le scandale ! Admiratif : pour un amateur, quel effort ! Lyrique : que de passion, d'émotion, de familles déchirées qu'il faut bien considérer et par conséquent arbitrer. Naïf : considérer ? exclusivement par l'arbitrage ? Respectueux : devant tant de détresse, toute maladresse est pardonnable, l'essentiel est d'étudier. Campagnard : c'était-y don' ben vrai que ce sujet était là pour vous amuser ! Militaire : Courage, fuyez ! Pratique : « *voulez-vous le mettre en loterie ? Assurément, madame, ce sera le gros lot ! Enfin parodiant*

---

<sup>676</sup> En ce sens, cf. LÉVI STRAUSS Cl., *Les structures élémentaires de la parenté*, thèse soutenue en 1948, refondue et publiée en 1949, p.133. [Paris, EHESS, coll. « En temps et lieux », 2017].

<sup>677</sup> BREL J., *Dites, si c'était vrai ?*

<sup>678</sup> DEVERS A., *L'arbitrage en droit de la famille*, Droit de la famille, LexisNexis, n°1, janvier 2019, dossier n°7, paragraphe 8.

*Pyrame en un sanglot* » le voilà ce sujet qui des traits de son maître a détruit l'harmonie juridique, il en rougit, le traître !<sup>679</sup>

---

<sup>679</sup> ROSTAND E., *Cyrano de Bergerac*, tirade du nez, extrait de l'acte 1, scène 4, édition Larousse, 2007, p.58-61.



# Bibliographie

## I. Ouvrages généraux : traités, manuels, cours

- A -

**AUDIT B. et d'AVOUT L.,**

- *Droit international privé*, Traité de droit international privé, LGDJ, 1<sup>ère</sup> éd., 2018.

- B -

**BATIFFOL H. et LAGARDE P.,**

- *Traité de droit international privé, sources, nationalité, condition des étrangers, conflits de lois*, tome 1, 8<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 1993.

**BEIGNIER B.,**

- *Manuel de droit des régimes matrimoniaux, Exercices de liquidation*, PUF, 2003.

**BENABENT A.,**

- *Droit de la famille*, LGDJ, Domat, 4<sup>ème</sup> éd., 2018.

**BURGUIERE A., KLAPICH-ZUBER Ch., SEGALEN M., ZONABEND F.,**

- *Histoire de la famille*, Armand Colin, t.1, 1986.

- C -

**CABRILLAC R.,**

- *Droit des régimes matrimoniaux*, 11<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2019.

**CAPITANT H.,**

- *L'évolution du droit de la famille depuis le Code civil*, in *Le droit civil français*, livre-souvenir des journées du droit civil français, Montréal 31 août-2septembre 1934, publié par le Barreau de Montréal et la librairie du Recueil Sirey, 1936, p.1-2.

**CAPITANT H., TERRE F., LEQUETTE Y.,**

- *Les Grands Arrêts de la jurisprudence civile*, tome 1, Dalloz, 13<sup>ème</sup> éd., 2015, n°32.

**CARBONNIER J.,**

- *Droit civil, les biens, les obligations*, t.2, PUF 2004.
- *Droit et passion du droit sous la V<sup>ème</sup> République*, Flammarion, 2008.
- *Essais sur les lois*, 2<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2013.
- *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2014.
- *Droit civil, introduction, les personnes, la famille, le couple, l'enfant*, t.1, PUF., 2<sup>ème</sup> éd., 2017.

**CATALA P. et GHOZI A.,**

- *Médiations judiciaires, témoignages de praticiens avertis*, rapport de recherche, Centre d'Etude des Modes Alternatifs des Conflits, La Documentation Française, Paris 1999.

**CORNU G., GUINCHARD G., DEBARD Th.,**

- *Vocabulaire Juridique*, Association Henri Capitant, 13<sup>ème</sup> éd., PUF, janvier 2020.

- D -

**DOLLO Ch., ALPE Y., LAMBERT J.- R., PARAYRE S.,**

- *Lexique de sociologie*, Dalloz, 5<sup>ème</sup> édition, avril 2017.

- F -

**FERRÉ-ANDRÉ S. et BERRE S.,**

- *Successions et libéralités*, 6<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Hypercours, 2020.

**FLOUR J. et CHAMPENOIS G.,**

- *Les régimes matrimoniaux*, 2<sup>ème</sup> éd., Armand Colin, 2001.

- G -

**GRIMALDI M.,**

- *Droit civil, Successions*, 7<sup>ème</sup> éd., 2017.

**GRIMALDI M. (dir.),**

- *Droit patrimonial de la famille 2018-2019*, 6<sup>ème</sup> éd., Dalloz Action.

**GUINCHARD S. et DEBARD Th. (ss dir.),**

- *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 27<sup>ème</sup> édition, 2019-2020,

**GUTMANN D.,**

- *Droit international privé*, Dalloz, 6<sup>ème</sup> éd., août 2009.

- H -

**HAUSER J. et HUET-WEILLER D.,**

- *Traité de droit civil, La famille, Fondation et vie de la famille*, 2<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 1993.
- *Traité de droit civil, La famille, Dissolution de la famille*, LGDJ, 1991.



- I -

**IVAINER T.,**

- *L'interprétation des faits en droit : essai de mise en perspective cybernétique des « lumières du magistrat »*, LGDJ 1988.

- J -

**JACQUET J.- M., DELEBECQUE Ph., CORNELOUP S.,**

- *Droit du commerce international*, Précis Dalloz, 3<sup>ème</sup> éd., 2015.

- L -

**LE BARS B., DALMASSO J.,**

- *Arbitrage commercial international, les grands arrêts du droit français*, LexisNexis, août 2016.

- M -

**MALAURIE Ph. et AYNÈS L.,**

- *Droit civil, Droit des régimes matrimoniaux*, 7<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2019.
- *Droit civil, Droit des personnes : la protection des personnes mineurs et des majeurs*, 10<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2018.

**MALAURIE Ph., AYNÈS L., JULIENNE M.,**

- *Droit civil, Les biens*, 8<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2019.

**MALAURIE Ph., AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph.,**

- *Droit civil, Droit des obligations*, 10<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2018.

**MALAURIE Ph. et BRENNER Cl.,**

- *Droit civil, Successions et Libéralités*, 8<sup>ème</sup> éd. LGDJ, 2018.

**MALAURIE Ph. et FULCHIRON H.,**

- *Droit de la famille*, LGDJ, 6<sup>ème</sup> édition, janvier 2018.

**MAYER P., HEUZÉ V. et REMY B.,**

- *Droit international privé*, 12<sup>ème</sup> éd., Montchrestien, 2019.

**MURAT P. (dir.)**

- *Droit de la famille*, 8<sup>ème</sup> éd., 2019, Dalloz Action.

- N -

**NAY O.,**

- *Lexique de science politique*, août 2017, 4<sup>ème</sup> éd., p.241-242.

**NIBOYET F.**

- *L'ordre public matrimonial*, LGDJ, 2008.

- P -

**PORTALIS J.E.M.,**

- *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, éd. Joubert, 1844.

- R -

**REVILLARD M.,**

- *Droit international privé et communautaire : pratique notariale*, Defr., 9<sup>ème</sup> éd., 2018.
- *Stratégie de transmission d'un patrimoine international : nouvelles perspectives*, Defrénois, 2<sup>ème</sup> éd., 2016.
- *Pratique de la Convention de la Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, commentaire et formules*, Defrénois, 2<sup>ème</sup> édition, 2008.

**REVILLARD M., KHAIRALLAH G.,**

- *Droit européen des successions internationales : le règlement du 4 juillet 2012*, Defrénois, 2013.

- S -

**SILEM A.,**

- *Lexique d'économie*, Dalloz, septembre 2018, 15<sup>ème</sup> éd., p.403-404.

**II. Ouvrages spéciaux : monographies, thèses, recueil des cours de l'académie de la Haye, Communication au Comité français de droit international privé, Travaux du GEDIP, autres travaux**

- A -

**ANCEL B., LEQUETTE Y., BATTIFOL H.,**

- *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5<sup>ème</sup> éd., Dalloz 2006.

**AUBY J-A (dir.),**

- *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, 2010, p.317.

**AZZI T., BOSKOVIC O.,**

- *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, Bruxelles, Bruylant, 2015.266, RTD eur. 2016.I.

**AZZI T., BUREAU D., FAUVARQUE-COSSON B., KESSEDJIAN C., POILLOT-PERUZZETTO S., VAREILLES-SOMMIERES (de) P.**

- *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Mélanges en l'honneur d'Hélène GAUDEMET-TALLON, Dalloz, 2008.

- B -

**BARATTA R.,**

- *La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales*, Recueil de cours de droit international de l'académie de La Haye, Volume 348, Leiden, Boston, Brill, cop. 2011.

**BARRIERE-BROUSSE I.**

- *Le patrimoine des couples internationaux dans l'espace judiciaire européen – Les règlements européens du 24 juin 2016 relatifs aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés*, Journal du droit international (Clunet), n°2, avril 2017, doctrine 6.

**BARRIERE-BROUSSE I. et DOUCHY-OUDOT M.**

- *Les contentieux familiaux*. Droit interne, international et européen, LGDJ, Les intégrales, 2ème éd., 2016.

**BARTIN E.,**

- *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence française*, t. I, éd. Montchrestien, 1930.
- *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence française*, t. II, éd

Montchrestien, 1932.

- *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence française*, t. III, éd. Montchrestien, 1935.
- *Etudes de droit international privé*, A. Chevalier-Marescq, 1899.

**BATIFFOL H.,**

- *Aspects philosophiques du droit international privé*, 1956, réed. Dalloz, 2002.
- *Traité élémentaire de droit international privé*, LGDJ, 3ème éd., 1959.

**BERGE J.-S.,**

- *L'application du droit national, international et européen. Approche contextualisée des cas de pluralisme juridique mondial*, Dalloz, 2013.

**BERTRAND E. (dir.),**

- *Etude exploratoire de l'arbitrage dans les principales matières de droit privé*, La Documentation française, Paris, 1979, p.81.

**BIGOT A.,**

- *L'autorité parentale dans la famille désunie en droit international privé* », thèse, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003, p.14.

**BILLEMONT J.,**

- *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*, thèse Lille 2009, LGDJ 2013.

**BILYACHENKO A.,**

- *La circulation internationale des situations juridiques*, thèse, La Rochelle, 2016.

- C -

**CHARTE**

- Charte sociale européenne du 18 octobre 1961 révisée à Strasbourg le 3 mai 1996.

**CLAY T.**

- *L'arbitre*, Nouvelle bibliothèque de Thèses, Dalloz, Paris, 2001.

## **COMMISSION EUROPEENNE**

- *Livre vert sur les successions et les testaments*, Paris, septembre 2005.
- *Livre vert sur le droit applicable et la compétence en matière de divorce*, Bruxelles, mars 2005.

## **COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL**

- *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI pour le droit commercial international*, résolution 31/98 adoptée par l'Assemblée générale le 15 décembre 1976.
- *Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et Etats fondé sur des traités, avec nouveau paragraphe 4 à l'article premier, adopté en 2013*, Résolution 68/109 adoptée par l'Assemblée générale, New York, 2014.

## **CONGRÈS DES NOTAIRES DE FRANCE**

- 75ème congrès des notaires de France, *Le statut matrimonial du Français*, La Baule, 1978.
- 95ème congrès des notaires de France, *Demain la famille*, Marseille, 1999.
- 98<sup>ème</sup> congrès des notaires de France, *Le patrimoine professionnel*, Cannes, 2002.
- 100ème congrès des notaires de France, *Code civil, Les défis d'un nouveau siècle*, Paris, 2004.
- 101ème congrès des notaires de France sans frontières, *Les familles sans frontières en Europe, Mythe ou réalité ?* Nantes, 2005.
- 102<sup>ème</sup> congrès des notaires de France, *Les personnes vulnérables*, Strasbourg 2006.
- 106ème congrès des notaires de France, *Couples, patrimoine, les défis de la vie à 2*, Bordeaux, 2010.
- 108ème congrès des notaires de France, *La transmission*, Montpellier, 2012.
- 110ème congrès des notaires de France, *Vie professionnelle et famille, place au contrat*, Marseille 2014.
- 115<sup>ème</sup> congrès des notaires de France, *L'international : qualifier – rattacher – authentifier*, Bruxelles 2019.

## **CONVENTION DE NEW YORK**

- *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, Convention de New York, Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international, New York, 1958.

## **CONVENTION EUROPEENNE**

- *Convention européenne sur l'arbitrage commercial international*, Genève, 21 avril 1961.
- *Convention concernant la compétence judiciaire à l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, signée le 27 septembre 1968, n°72/454/CEE, Journal officiel des Communautés Européennes du 31 décembre 1972, n°L299/32.

**- D -**

## **DEKEUWER-DÉFOSSEZ F.**

- *Rénover le droit de la famille : proposition pour un droit adapté aux réalités et aspirations de notre temps*, La documentation française, 1999.

## **DÉCLARATION,**

- Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH).

## **DEVERS A.,**

- *Le concubinage en droit international privé*, Lyon, 2002, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2004.

**- E -**

## **ESCUDEY G.,**

- *Le couple en droit international privé, contribution à l'adaptation méthodologique du droit international privé du couple*, Bordeaux, 1<sup>er</sup> décembre 2016.

**- F -**

## **FARGE M.,**

- *Le statut familial des étrangers en France : de la loi nationale à la loi de la résidence*

*habituelle*, L'Harmattan, 24 avril 2003.

**FAUVARQUE-COSSON B.,**

- *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, Bibliothèque de Droit privé, Tome 272, LJDJ 1996.

**FENOUILLET D. et de VAREILLES-SOMMIÈRES P. (dir.)**

- *La contractualisation de la famille*, actes du colloque, 3-4 février 2000, Université Paris-Sud, sous l'égide de l'institut Charles Dumoulin, Faculté Jean Monnet à Sceaux, Economica, 2001.

**FULCHIRON H (dir.)**

- *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, juin 2009.

**FULCHIRON H. et BIDAUD-GARON Ch. (dir.)**

- *Vers un statut européen de la famille*, Actes du colloque organisé par le Centre de Droit de la Famille de l'Université Jean-Moulin Lyon 3, en association avec le CREDIP à Lyon, les 21 et 22 novembre 2013, thèmes, commentaires et actes, Dalloz, 2014.

**- J -**

**JARROSSON Ch.**

- *La notion d'arbitrage*, thèse, LGDJ, 1962, texte remanié 1987.

**JEAUNEAU A.**

- *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne. Essai de systématisation*, thèse, Université Panthéon-Sorbonne – Paris I, 2015.

**- L -**

**LOQUIN E. et MANCIAUX S. (dir.),**

- *L'ordre public et l'arbitrage*, Actes du colloque des 15 et 16 mars 2013, Dijon, LexisNexis 2014, volume 42.



**LOQUIN E. et KESSEDJIAN C. (dir.),**

- *La mondialisation du droit*, Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et investissements internationaux, vol. 19, Litec 2000, p.479 et s..

**LOYNES de FUMICHON (de) B.,**

- *Recherches sur l'arbitrage ex compromisso en droit romain classique*, thèse, université Paris II, Cujas, 2002.

- O -

**ONORIO (d') J.- B. (ss la dir.),**

- *Le mariage en questions*, actes du XXVI<sup>e</sup> colloque national de la confédération des juristes catholiques de France, TEQUI, novembre 2014.

- P -

**PUBLICATION DE LA COUR DE CASSATION**

- *La Vérité*, Rapport annuel 2004, La documentation française.
- *L'ordre public*, Rapport annuel 2013, La Documentation française.
- *La Cour de cassation et la construction juridique européenne*, Rapport annuel 2006, La Documentation française.
- *Bulletin d'information n°721*, 1<sup>er</sup> mai 2010, les éditions des journaux officiels.

- R -

**RICHANI J.,**

- *Les preuves dans l'arbitrage international*, thèse, Université de Cergy-Pontoise et Université Libanaise, 2013.

**RICHEZ-PONS A.,**

- *La résidence habituelle en droit international privé (conflits de juridictions, conflits de lois)*, thèse, Lyon III, 2004.

**ROMANO G.-P.,**

- *Le dilemme du renvoi en droit international privé : la thèse, l'antithèse et la recherche d'une synthèse*, Genève, Schulthess, 2014.

**ROMANO S.,**

- *L'ordre juridique*, Dalloz, 1975, rééd., 2002.

**ROUBIER P.,**

- *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, rééd., 2005.

**RUBELLIN-DEVICHI J.,**

- *Les concubinages, approche socio-juridique*, éditions du CNRS, 1986.

- S -

**SALVAGE-GEREST P.,**

- *Quel avenir pour les quarante propositions du Rapport Gouttenoire ? Droit de la famille n°9*, Lexis Nexis, septembre 2014, dossier n°6, p. 16 et s..

**SAVIGNY F.- C.,**

- *Traité de droit romain*, t. VIII, trad. GUENOUX (C.), Firmin-Didot, 1860, LGDJ, 2002.

**SENECHAL C. et ROBERGE J.- F.,**

- *La justice participative : changer le milieu juridique par une culture intégrative de règlement des différends*, Cowansville, Editions Yvon Blais 2011, 406 pages.

**SELIM I.,**

- *L'ordre public international in favorem arbitrandum*, thèse Université de Dijon 20 nov. 2009, sous la dir. LOQUIN E.

**SERAGLINI Ch.,**

- *Lois de police et justice arbitrale internationale*, thèse Université de PARIS 1.

**SIEW-GUILLEMIN A.- S.,**

- *La famille à l'épreuve des droits fondamentaux*. thèse Université Côte d'Azur, 2017.

**SUDRE F.,**

- *Droit européen et international des droits de l'Homme*, PUF, 12ème éd., 2015.
- *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruylant, Anthemis, 2009.
- *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, tome 63, Bruylant, 2005.

**SUDRE F., MARGUENAUD F.- P., ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GOUTTENOIRE A., LEVINET M.**

- *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 8<sup>ème</sup> éd., Thémis, PUF, 2017.

- T -

**TERRE F. et FENOUILLET D.**

- *Droit civil : La famille*, Précis Dalloz, 8ème éd., 2011.

**THÉRY I.**

- *Le démariage : Justice et vie privée*, éd. Odile Jacob, 1996.
- *Couple, filiation et parenté aujourd'hui : le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, éd. Odile Jacob et La Documentation française, 1998.

### III. Articles, chroniques, dossiers

\* En langue française

- A -

**ADAMOU M.,**

- *La récusation de l'arbitre en droit OHADA*, Rev. Lamy Droit civil, n°143, 1<sup>er</sup> décembre 2016.

**AKKAS Y.,**

- *La succession internationale impliquant un Etat tiers à l'Union européenne*, JCP N., 31 juillet 2015, n°31-35, comm. 1146, p.48.

**AKONO ADAM R.,**

- *Incompétence de la juridiction étatique en présence d'une convention d'arbitrage*, CCJA, 2<sup>ème</sup> ch., 29 nov. 2018, n°244/2018, L'Essentiel Droits africains des affaires n°6, juin 2019, n°112<sup>e</sup>, p.3.

**ALFONSO J.,**

- *L'essor des institutions arbitrales*, Gaz. Pal., n°362, 28 décembre 2013, dossier « arbitrage : entre théorie et pratique », article n°156g2.

**ANCEL J.-P.,**

- *L'arbitrage international en France*, Arch. Phil. Droit 52 (2009), p.197-212.

**ANDRIANTSIMBAZOVINA J.,**

- *Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Gaz. Pal., 28 novembre 2017, n°41, p.21.

**ARSEGUEL-MEUNIER**

- *Le notaire, prescripteur de médiation en matière familiale*, JCP N., n°51-52, 23 décembre 2016, dossier n°1348, p.34.

**AUFIÈRE P.**

- *Processus de médiation familiale et divorce par convention sous-seing privé*, in Dossier divorce par consentement mutuel : la réforme !, AJ Famille 2017, p.117.

**AUFIÈRE P., BAROUSSE C.**

- *Des prémices de la jurisprudence aux permissions par la loi*, in Dossier modernisation de la justice du XXIème siècle, AJ Famille 2016, p.580.

**AUFIÈRE P., CHALLEIL A.**

- *Modèle de dépôt d'une convention de divorce* in Dossier divorce par consentement mutuel : la réforme !, AJ Famille 2017, p.106.
- *Attestation de dépôt*, in Dossier divorce par consentement mutuel : la réforme !, AJ Famille 2017, p.108.

**AUFIÈRE P., HOUSTY F., SCHELLINO E.**

- *La médiation par consentement mutuel et le divorce privé*, in Dossier divorce par consentement mutuel : la réforme !, AJ Famille 2017, p.49.

**AUFIÈRE P., SCHELLINO E.**

- *Modèle de requête conjointe du couple marié demandant la mise en place d'une médiation familiale et patrimoniale avant de signer une convention de divorce par consentement mutuel*, in Dossier divorce par consentement mutuel : la réforme !, AJ Famille 2017, p.111.
- *Décision désignant un médiateur de justice avant la signature d'une convention de divorce par acte sous signature privée contresigné par avocats*, in Dossier divorce par consentement mutuel : la réforme !, AJ Famille 2017, p.113.
- *Attestation du médiateur* in Dossier divorce par consentement mutuel : la réforme !, AJ Famille 2017, p.116.

**AYEWOUADAN A.,**

- *Incompétence de la juridiction étatique en présence d'une clause compromissoire*, L'Essentiel Droits africains des affaires n°1, janvier 2019, n°111w6, p.2.

**BARBE G., FONTMICHEL (de) M.,**

- *La pratique de l'arbitrage en matière de divorce, de séparation et de successions*, JCP G., n°41, 8 octobre 2018, article n°1062, p.1834.
- *Les clauses compromissaires en droit de la famille*, Droit de la famille, n°4, avril 2020, étude 12.

**BARRIERE BROUSSE I.,**

- *L'improbable européanisation du droit international privé de la famille*, La Semaine Juridique, Ed. Générale n°5, 3 février 2014, p. 120.
- *Le patrimoine des couples internationaux dans l'espace juridique européen – Les règlements européens du 24 juin 2016 relatifs aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenaires enregistrés*, Journal du droit international (Clunet) n°2, Avril 2017, doct. 6.
- *L'application des règles européennes de compétence internationale en matière de certificats successoraux nationaux*, LexisNexis, La Semaine juridique, édition notariale et immobilière, n°36, 7 septembre 2018, jurisprudence n°714, p.8.
- *Jugements étrangers en matière de filiation et conventions bilatérales*, La Semaine juridique, édition générale, n°36, 2 septembre 2019, Exequatur 864, p.1523.

**BECQUÉ P.,**

- *L'élimination de la double imposition par le jeu des conventions bilatérales*, Droit et patrimoine, n°236, mai 2014, dossier n°70.

**BEHETS WYDEMANS Y.,**

- *L'apport du droit de l'Union européenne à la médiation*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 51-52, 23 Décembre 2016, dossier n°1346, p.28.

**BELLEAU M.- Cl.,**

- *La médiation familiale au Québec : une approche volontaire, globale, interdisciplinaire et accessible*, Droit de la famille, n°3, mars 2015, dossier 5.

**BENABENT A.,**

- *L'ordre public en droit de la famille*, in L'ordre public à la fin du XXème siècle, Dalloz,

1996, p. 27.

**BENDELAC E.,**

- *L'articulation des institutions d'estate planning et du droit français des successions français*, Droit et patrimoine, n°266, février 2017, dossier n°26.

**BERNAND Y.,**

- *Brèves observations sur les expériences étrangères de divorce sans juge*, Droit de la famille juillet-août 2016, dossier 24.
- *L'enfant, victime directe et indirecte de la violence intrafamiliale*, Droit de la famille, Lexis Nexis, octobre 2017, n°10, comm.208, p. 28.

**BICHERON F.,**

- *Déclaration et enregistrement du pacte civil de solidarité en mairie*, Defrénois, 30 décembre 2016, n°24, page 1319.

**BIDAUD H.,**

- *Comment utiliser la procédure amiable et la procédure d'arbitrage ?*, Procédures, Hors-Série, LexisNexis Jurisclasseur, novembre 2015, p.85.

**BIDAUD-GARON C.,**

- *Mariage consulaire... pour tous ?*, JCP G, n°51, 16 décembre 2013, 1325.
- *La prise en compte de l'état des personnes créé à l'étranger par le notaire français*, JCP N, n°22, 29 mai 2015, 1174.

**BINET J.- R.,**

- *Divorce sans juge : nouvelle tentative, nouveau débat*, Droit de la famille, revue mensuelle du Jurisclasseur, Février 2014.

**BLANCHARD Ch.**

- *Eclaircissements sur l'application du nouveau divorce par consentement mutuel*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, n°6-07, 10 février 2017, act. 237.
- *La fonction du notaire dans le divorce déjudiciarisé*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n°1, 6 janvier 2017, 1002.

**BOICHÉ A.**

- *Les règles de compétences judiciaires*, in *Recouvrement des obligations alimentaires*

*dans l'Union*, D. Actualités 20 mars 2009, AJ Famille 2009.107.

- *Les obligations alimentaires dans le cadre de la séparation du couple en droit international privé*, Droit et patrimoine, n°181, mai 2009, p.72.
- *Responsabilité parentale : la convention de la Haye du 19 octobre 1996 en vigueur au 1<sup>er</sup> février 2011*, AJ famille 2011 p.93.
- *Divorce 229-1 : aspect de droit international privé et européen*, in Dossier divorce par consentement mutuel : la réforme !, AJ Famille 2017, p.57.

#### **BOISSAVY M.**

- *La volonté des parties et la nature interne ou internationale d'un arbitrage*, Gazette du Palais, 4 avril 2015, n°94, p.17.

#### **BOISSON J.**

- *Le divorce sans juge : vers un détournement du divorce et de la séparation de corps aux fins de changement de régime matrimonial*, Droit et patrimoine, n°264, décembre 2016.

#### **BONNET G.,**

- *Divorce sans juge, le point de vue du notaire*, droit de la famille, LexisNexis, juillet-août 2016, comm. 26.

#### **BONNET V.,**

- *Les mystères de l'usufruit réservé portant sur un bien commun*, Dalloz, 28 juillet 2016, p. 1631.

#### **BORRMANS M.,**

- *Le nouveau code algérien de la famille dans l'ensemble des codes musulmans de statut personnel, principalement dans les pays arabes*, RIDC janvier-mars 1986, Volume 38, n°1, p.133-139.

#### **BOSKOVIK O.,**

- *L'autonomie de la volonté dans le règlement Rome II*, Recueil Dalloz, n°24, p.1639.

#### **BOUCARON-NARDETTO M.,**

- *L'immixtion du juge étatique dans l'arbitrage*, Gaz. Pal., n°362, 28 décembre 2013, dossier « arbitrage : entre théorie et pratique », article n°156d3.

#### **BOULANGER D.,**



- *Divorce extrajudiciaire et extraterritorialité : faut-il s'inquiéter ?*, JCP N., n°8, 24 février 2017, article n°263, p.12.

**BOURDELOIS B.,**

- *Relations familiales internationales et professio juris*, in Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard AUDIT : Les relations privées internationales, LGDJ, 2014, p.137.

**BRENNER C.,**

- *Le nouveau divorce par consentement mutuel : retour à l'an II ?*, JCP N, n°8, 24 février 2017, act. n°262, p.9 ; JCP G., n°9, 27 février 2017, la Semaine du droit Libres propos n°195, p.342.

**BRUNET S.,**

- *L'administration des successions*, JCP N., 31 juillet 2015, n°31-35, comm. 1144, p.36.

**BRUNETTI-PONS Cl.,**

- *Un divorce « sans juge » pour un droit « dérégulé »*, Droit de la famille n°7-8, juillet 2016, dossier 28.

**BUCHER A.,**

- *Que devient le droit (civil) international au Tribunal fédéral ?*, Jusletter, 8 mai 2017.

**BUCHMAN L, LOQUIN E.,**

- *Préférez l'arbitrage !*, Gaz. Pal., n°260, 16 septembre 2008, p.9.

**BURATTI P.**

- *Réflexion sur l'arrêté du 28 décembre 2016 fixant le modèle de l'information délivrée aux enfants mineurs capables de discernement dans le cadre du nouveau divorce par consentement mutuel*, in Dossier divorce par consentement mutuel : la réforme !, AJ Famille 2017, p.30.

**BUREAU D.,**

- *Juger le présent, prévoir l'avenir*, Droit et patrimoine, n°236, mai 2014, dossier n°78.

**CABRILLAC S., LISANTI C., MONTREDON J.- P., GAUTIER P.,**

- *Nouveau droit international privé des successions : les zones d'ombre*, Droit et patrimoine, n°236, mai 2014, dossier n°51.

**CACHARD O.,**

- *Les modes amiables de règlement des litiges en ordre de bataille*, Rev. Lamy dr. civ., 1<sup>er</sup> juin 2012, n°94.

**CADIOU M.**

- *Une passerelle à l'endroit...une passerelle à l'envers* in Dossier divorce par consentement mutuel : la réforme !, AJ Famille 2017, p.45.

**CALLE P.,**

- *Les donations-partages en droit international privé*, Defrénois, 15 avril 2014, n°7, p.399.
- *Les fondements de l'autonomie de la volonté en droit de l'Union européenne (droit des personnes et de la famille)*, in L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales, dir. PANET A., FULCHIRON H., WAUTELET P., Bruylant, sept. 2017, p.39.

**CARBONNIER J.**

- *Terre et ciel dans le droit français du mariage*, in Etudes offertes à Georges Ripert : Le droit privé français au milieu du XXème siècle, t. 1, LGDJ, 1950, p. 341.

**CASEY J.,**

- *Quel avenir pour le mariage ?*, Gaz. Pal., 15 septembre 2012, n° 259, p. 9.
- *Le nouveau divorce par consentement mutuel : une réforme en clair-obscur*, in Dossier divorce par consentement mutuel : la réforme !, AJ Famille 2017, p.14.
- *Convention de divorce par consentement mutuel* in Dossier divorce par consentement mutuel : la réforme !, AJ Famille 2017, p.96.
- *Modèle de lettre au notaire en vue du dépôt de la convention de divorce au rang de ses minutes*, in Dossier divorce par consentement mutuel : la réforme !, AJ Famille 2017, p.105.

**CASTELLANE B.,**

- *Justice et religion en arbitrage*, Revue internationale de droit comparé, Vol.66, n°3, 2014, p.733-736.

**CATALA P.,**

- *Arbitrage et patrimoine familial*, Rev. arb., n°2, 1994, p.279.

**CATTO M.- X.,**

- *La gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts ?*, La revue des droits de l'Homme, dossier thématique, les droits des femmes face à l'essor de l'intérêt de l'enfant, n°3, 2013.

**CAVALIEROS Ph.,**

- *Recourir à l'arbitrage*, Procédures, Hors-Série, LexisNexis Jurisclasseur, novembre 2015, p.79.

**CAYROL N.,**

- *La notion de juridictio*, Procédures n°2, février 2020, dossier n°2.

**CHABOT G.**

- *Successions contentieuses et « justice alternative »*, Rev. Lamy Droit Civil, n°17, 1<sup>er</sup> juin 2005.

**CHALAS Ch.,**

- *Contrat de mariage et nuptial agreements : vers une acculturation réciproque ? – Regards croisés entre la France et l'Angleterre (étude de droit comparé, de droit international privé et de droit interne)*, Journal du droit international (Clunet), n°3, juillet 2016, doctrine 7.

**CHAMOULAUD-TRAPIERS A.**

- *La réforme de l'option successorale*, Defrénois, 30 décembre 2016, n°24, p.1321.

**CHEKROUN D.,**

- *L'imperium de l'arbitre*, L'arbitrage, Archives de Philosophie du Droit, Tome 52, 2009, Dalloz.

### **CHENDEB R.,**

- *La convention de mère porteuse*, Defrénois, 15 février 2018, n°03/08, doctrine n°38717, p.291.

### **CHÉNEDÉ F.**

- *Réexamen d'une décision civile après condamnation par la CEDH*, in Dossier modernisation de la justice du XXIème siècle, AJ Famille 2016, p.595.
- *Divorce et contrat. A la croisée des réformes* in Dossier divorce par consentement mutuel : la réforme !, AJ Famille 2017, p.26.

### **CLAY T.,**

- *Nouvelles perspectives en matière d'arbitrage – ouverture*, Droit et patrimoine, 2002, n°104.
- *Hésitations à propos de l'affirmation de l'autonomie de la clause compromissoire en matière interne*, D.2003.2470.
- *Qui arrêtera la circulation de la clause compromissoire ?* D.2003.2471.
- *Les obligations du centre d'arbitrage en matière de notification des prorogations de délai*, D.2003.2477.
- *L'arbitre peut-il avoir été précédemment conciliateur ?* D.2004.3180.
- *L'irrésistible extension de l'obligation de révélation*, D.2004.3182.
- *Quel est le point de départ de l'instance arbitrale ?* D.2004.3183.
- *France, terre d'asile de sentences non exécutées*, D.2004.3185.
- *L'arbitrage du bâtonnier : perseverare diabolicum*, D.2007.28.
- *Le caractère provisoirement inexécutoire des sentences arbitrales exequaturées*, D.2008.451.
- *Les contorsions byzantines du Tribunal des conflits en matière d'arbitrage*, La Semaine Juridique, édition générale, n°21, 24 mai 2010, p.1045, aperçu rapide n°552.
- « *Liberté, égalité, efficacité* » *la devise du nouveau droit français de l'arbitrage, commentaire article par article*, première partie, Journal du droit international Clunet, n°2, avril 2012, doct.4.
- « *Liberté, égalité, efficacité* » *la devise du nouveau droit français de l'arbitrage, commentaire article par article*, seconde partie, Journal du droit international Clunet, n°3, juillet 2012, doct.8.
- *La simplification de la transaction et de l'arbitrage dans le Code civil*, La Semaine

Juridique Edition Générale n° 16, 21 Avril 2014, doct. 492.

- *De l'autonomie de la convention d'arbitrage à l'autonomie de la sentence arbitrale, Les grands arrêts de la jurisprudence française en matière d'arbitrage international de 1963 à 2007*, Journal du droit international, Clunet, n°1, janvier 2015, doct. 2.
- *La présentation sous forme de « code » épouse la conception autonomiste de l'arbitrage*, La Semaine Juridique, édition générale, n°8, 23 février 2015, p.351, entretien n°211.
- *L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi « Justice du XXIème siècle », Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016*, La Semaine Juridique, édition générale, 28 novembre 2016, 1296.
- *Le notaire, arbitre*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 51-52, 23 Décembre 2016, 1352.
- *Les articles relatifs aux conventions d'arbitrage*, Cahier de l'arbitrage, n°1, janvier 2017, p.17.

**CLAY T. et PINSOLLE Ph.,**

- *De l'autonomie de la convention d'arbitrage à l'autonomie de la sentence arbitrale, Les grands arrêts de la jurisprudence française en matière d'arbitrage international de 1963 à 2007*, Procédures, Hors-Série, LexisNexis Jurisclasseur, novembre 2015, p. 21.

**COMBRET J. et BAILLON-WIRTZ N.**

- *La loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la Justice du XXI<sup>ème</sup> siècle : incidence pour la pratique notariale*, JCP N., 25 novembre 2016, act. 1254.

**CORREA DELCASSO**

- *La clause d'arbitrage et son extension à des parties non-signataires en arbitrage interne et international*, Gaz. Pal., n°362, 28 décembre 2013, dossier « arbitrage : entre théorie et pratique », article n°155v8.

**COURCHESNE M.**

- *L'art de la négociation, le pouvoir d'influencer mal nécessaire ou force constructive*, le magazine de la chambre des notaires, chronique gestion, p. 27.

**COUZIGOU-SUHAS N.,**

- *Réflexions pratiques sur le divorce sans juge : les rôles complémentaires des notaires et des avocats*, Defrénois, 30 janvier 2017, n°02, 125m5, p. 131.

**CRITES Ch.,**

- *La prévention et le règlement de différends, un net avantage dans la continuité et la richesse des relations avec nos clients*, entracte, printemps 2017, p.16.
- *Mise en pratique des modes de prévention et de règlement des différends, le tribunal n'est pas toujours le meilleur moyen de régler un conflit*, entracte, été 2017, p.14.

**CRONE R.,**

- *Libéralités, institutions contractuelles et trust à l'épreuve du droit international privé*, Petites Affiches, 28 mars 2001, n°62, p.54.
- *La circulation des décisions judiciaires et des actes authentiques dans le cadre du règlement C.E. du 22 décembre 2000*, Defrénois, 15 avril 2005, n°1, p.45.
- *Le notaire confronté à une loi étrangère contraire à l'ordre public international français*, Solutions Notaires Le Mensuel, n°3, mars 2017, p. 25-27.
- *Règlement « successions » : exemples de difficultés d'application*, Solution Notaires Le mensuel, n°5, mai 2017, p. 28.

**- D -**

**DAGBDJI Ch.,**

- *Bénin : l'incompétence du juge étatique tirée de l'existence d'une clause d'arbitrage*, T. com., Cotonou, 25 janv. 2019, n°011/19/CJ/SI/TCC, L'essentiel Droits africains des affaires, n°7, juillet 2019, n°112h5, p.7.

**DAUBTAIN P.,**

- *Loi justice du XXIème siècle : la fin de l'envoi en possession systématique*, JCP N, 18 novembre 2016, act. 1231.

**DAVID R.,**

- *Arbitrage et droit comparé*, Revue internationale de droit comparé, Vol. 11, n°1, janvier-mars 1959, p.5-18.

**DAVID S. et BRUNET R.**

- *Le rôle du notaire dans le nouveau divorce par consentement mutuel* in Dossier divorce par consentement mutuel : la réforme !, AJ Famille 2017, p.31.

**D'AVOUT L.,**

- *La lex personalis entre nationalité, domicile et résidence habituelle*, in Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard AUDIT : Les relations privées internationales, LGDJ, 2014, p. 15.

**DECAUX E., TAVERNIER P., BOUMGHAR M., AKTYPIS S., AUREY FERNANDEZ X., FORTAS A.- C., JAMAL S., GLAZEWSKI A., HOUGUE (de la) Cl., LEVIVIER J., SCHILL A., SINOUE D., STAVRINAKI T., DURAND V., SAINTE-BEUVE Cl.,**

- *Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, année 2015, JDI, octobre 2016, chron. 8.

**DEFIX M.**

- *L'aide juridictionnelle : nouveautés* in Dossier divorce par consentement mutuel : la réforme !, AJ Famille 2017, p.46.

**DEKEUWER-DEFOSSEZ F.**

- *Réflexion sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille*, RTD Civ., 1995, p. 249.
- *PACS et famille. Retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé*, RTD Civ., 2001, p. 529.
- *L'intérêt de l'enfant dans le droit de la filiation : les enseignements de l'affaire Mandet*, Revue Lamy Droit Civil, n°136, avril 2016, RLDC6182, p.39.

**DELESALLE B., LOTZ J., GESSEY N.,**

- *Médiation et arbitrage dans les conflits familiaux soumis au notaire*, Defrénois, 1er septembre 2017, hors-série, p. 15.

**DELPECH X.,**

- *Consécration jurisprudentielle de l'estoppel à la française*, com. 20 sept.2011, F-P+B, n°10-22.888, Dalloz actualités 29 septembre 2011.

**DEMARS-SION V.,**

- *Une expérience d'arbitrage forcé : les tribunaux de famille révolutionnaires*, Revue historique de droit français et étranger, Dalloz ; Sirey, 2005, 83 (3), p.385-420.

**DEPOND A.,**

- *Création d'une chambre d'arbitrage et de conciliation spécialisée en droit de la famille*,

La Semaine Juridique, Edition Générale, n°15, 13 avril 2015, p. 429, Procédures, Hors-Série, LexisNexis Jurisclasseur, novembre 2015, Etudes n°3, p.9.

- *De l'intérêt de recourir à l'arbitrage et à la conciliation*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 17, 24 Avril 2015, 1141.
- *La mise en œuvre des procédures d'arbitrage et de conciliation*, Procédures, Hors-Série, LexisNexis Jurisclasseur, novembre 2015, p.13.

#### **DÉTRAIGNE Y. et TASCA C.,**

- « *Nous avons souhaité recentrer le débat autour des droits de l'enfant et non d'un droit à l'enfant pour les parents* », Revue Lamy Droit Civil, n°136, avril 2016, RLDC6185, p.51.

#### **DEVERS A.**

- *La solidarité pour l'autonomie des personnes âgées et des personnes handicapées*, Dr. famille 2004, Etude 24.
- *De quelques effets patrimoniaux du divorce en droit international privé communautaire*, Droit et patrimoine, 2005, n°136.
- *La pratique judiciaire française du DIP communautaire de la famille*, Droit et patrimoine, 2005, n°138.
- *Le droit communautaire de la famille (hors Bruxelles II bis)*, AJ Famille, n°11/2005, p.380.
- *Le notaire et la loi applicable au régime matrimonial*, Droit et Patrimoine, 2007.
- *La résidence alternée en droit international privé*, Droit de la famille n°3, mars 2008, étude 9.
- *Droit à pension de veuf pour un partenaire homosexuel*, La Semaine juridique, édition générale, n°36, septembre 2008, II, jurisprudence n°10143, à propos de l'arrêt CJCE, gr. ch., 1<sup>er</sup> avril 2008, aff. C-267/06, Maruko.
- *La loi applicable au régime patrimonial des partenariats enregistrés*, in La séparation des couples internationaux, Droit et patrimoine, 2009, n° 181, p. 77.
- *Une nouvelle procédure préjudicielle d'urgence sur les enlèvements intraeuropéens d'enfants*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 39, 27 Septembre 2010, 956.
- *Concubinage*, J.-Cl. Droit international, Fasc. 546-60., 2011.
- *Le JAF et le divorce international*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 4, 24 Janvier 2011, 74.



- *Le refus d'étendre aux couples non mariés le bénéfice d'une pension de réversion*, La Semaine Juridique, édition Sociale, n° 41, 11 Octobre 2011, jurisprudence protection sociale n°1458.
- *L'efficacité des partenariats enregistrés à l'étranger*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n°25, 22 Juin 2012, 1266.
- *Egalité de traitement, prohibition de discriminations fondées sur l'orientation sexuelle*, JCP, La semaine juridique, édition sociale, n°38, septembre 2012, jurisprudence n°1383, à propos de l'arrêt Cass. soc., 23 mai 2012, n°10-18.341, FS-P+B, M.H. c/ Société Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres : JurisData n°2012-010794.
- *Rome III : quelle loi applicable au divorce et à la séparation de corps ?*, J.D.E., 2012/9, n° 193, p. 273.
- *Kafala et allocation de base de la prestation d'accueil du jeune enfant*, Droit de la famille n°2, Lexis Nexis, février 2013, comm 34.
- *La loi applicable aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés*, in Droit patrimonial européen de la famille, LexisNexis, 2013, p. 86.
- *Le droit à pension de réversion du conjoint homosexuel*, Droit de la famille n° 7-8, Juillet 2013, dossier 23.
- *Les prestations familiales pour tous (ou presque...)*, La Semaine Juridique Social n° 38, 17 Septembre 2013, 1366.
- *Les praticiens et le droit international privé européen de la famille*, Europe n°11, novembre 2013, étude 9.
- *Sort des enfants entrés régulièrement en France en même temps que leurs parents*, Droit de la famille n° 1, Janvier 2014, comm. 20.
- *Recherche des éléments d'extranéité*, Droit de la famille, Lexis Nexis, mai 2014.
- *Requiem pour la fraude à la loi ?*, Droit et patrimoine, n°236, mai 2014, dossier n°52.
- *Filiation, origines, parentalité. L'avis de l'avocat*. Droit de la famille n°9, Lexis Nexis, septembre 2014, dossier n°4, p.12.
- *Applicabilité dans le temps de la convention de la Haye de 1996*, Droit de la famille n°11, Lexis Nexis, novembre 2014, comm. 171. : reconnaissance et exécution des décisions
- *Les propositions de règlement Régimes matrimoniaux et Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés*, in Vers un statut européen de la famille, acte du colloque organisé par le Centre de droit de la famille de l'Université Jean Moulin Lyon 3, en

- association avec le CREDIP, à Lyon, les 21 et 22 novembre 2013, ss dir. FULCHIRON H. et BIDAUD-GARON Ch., thèmes, commentaires et actes, Dalloz, 2014, p.19.
- *Le contentieux des successions internationales*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 31-35, 31 Juillet 2015, comm. 1145, p.43.
  - *Office du juge français en présence de droits indisponibles*, droit de la famille n°5, mai 2016, comm.116.
  - *Le divorce sans juge en droit international privé*, Droit de la famille, n° 1, Janvier 2017, dossier 5.
  - *Juge compétent pour connaître d'une action en partage sur un immeuble indivis*, Droit de la famille n° 7-8, Juillet 2017, comm. 173.
  - *Applicabilité du règlement Bruxelles I bis à la liquidation d'un meuble acquis par des ex-époux pendant leur mariage*, Droit de la Famille, LexisNexis, octobre 2017, n°10, comm. 218, p.36.
  - *Actualité 2017 en matière d'enlèvement international d'enfants*, Droit de la famille, n°1, LexisNexis, janvier 2018, dossier 5, p. 23.
  - *Inapplicabilité du règlement Rome III aux divorces privés*, Dalloz actualité 25 janvier 2018.
  - *L'arbitrage en droit de la famille*, Droit de la famille, n°1, janvier 2019, LexisNexis, dossier n°7.

**DEVERS A. et FARGE M.,**

- *Le nouveau droit international privé du divorce. À propos du règlement Rome III sur la loi applicable au divorce*, rev. drt. de la fam., n°6, juin 2012, étude 13, p. 13 et s., JCP G 2012, n°26, 778, p.1277.

**DEVERS A. et FULCHIRON H.**

- *La séparation des couples internationaux : aspects patrimoniaux*, Droit et patrimoine, n°181, mai 2009, p. 59.
- *Arbitrage et famille*, in dossier arbitrage et famille, revue droit et patrimoine, n°275, décembre 2017, p.25.

**DEVERS A. et NOURISSAT C.,**

- *Le partenariat homosexuel devant la Cour de justice des Communautés européennes*, D.2001.3380.

**DEWAILLY-HOUYVET Ch. et TRAVADE-LANNOY S.**

- *La transaction familiale*, JCP N., n°48, 2 décembre 2016, étude 1334.

**DOURIS M.,**

- *Homosexualité, couples non mariés, accès au mariage et à la parenté : l'évolution du droit français de la famille devant le Conseil Constitutionnel*, LPA, 17 janvier 2011, n°11, p. 4.

**DOUVILLE T. et MAUGER-VIELPEAU**

- *Loi de modernisation de la Justice du XXIème siècle : aspects de droit des personnes et de la famille*, Gaz. Pal., 13 décembre 2016, n°44, p.14.

**DUMONT G.,**

- *Le choix de la loi applicable : un paramètre désormais incontournable du bilan patrimonial*, Droit et patrimoine, 2011, p. 26.

**DUPEYRÉ R.,**

- *La (nouvelle) affaire Vasarely : l'arbitrage en trompe l'œil*, Cahier de l'arbitrage, 1<sup>er</sup> novembre 2015, n°3, p.481.

**DURAND E.,**

- *Brèves observations d'un juge des enfants sur les quarante propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui*, Droit de la famille n°9, Lexis Nexis, septembre 2014, dossier n°7, p.18.

**DUVAL-STALLA A.,**

- *Sécuriser une clause d'arbitrage*, Procédures, Hors-Série, LexisNexis Jurisclasseur, novembre 2015, p.71.

- E -

**EGÉA V.,**

- *L'articulation entre l'arbitrage interne et certaines procédures en matière familiale*, in dossier arbitrage et famille, revue droit et patrimoine, n°275, décembre 2017, p.36.

- *La juridictio de l'arbitre face à l'urgence*, Procédures n°2, février 2020, dossier n°4.

**ESKENAZI D.,**

- *Les pièges d'un divorce international*, Droit et patrimoine, n°268, avril 2017, comm. 40.

- F -

**FADLALLAH I. et HASCHER D.,**

- *Les grandes décisions du droit de l'arbitrage commercial*, Dalloz, 1<sup>ère</sup> édition, 2019.

**FARGE M.,**

- *L'office du juge et la règle de conflit : rappels à l'ordre et affirmation du caractère disponible du droit à une compensation pécuniaire après divorce*, Droit de la famille, n°6, juin 2009, comm. 81.
- *Règlement successions : les nouveaux réflexes à acquérir*, JCP N., 31 juillet 2015, n°31-35, comm. 1143, p.24.
- *Kafala et adoption : retour sur une réponse ministérielle*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n°43-44, 28 octobre 2016, act. 1157.
- *Le quarante-sixième anniversaire des articles 311-14 et suivants du Code civil*, Droit de la famille, n°1, janvier 2018, art 4, p.18.
- *L'arbitrage et le contentieux familial international : deux mondes qui pourraient se rapprocher ?*, in Mélanges offerts à Geneviève PIGNARRE, un droit en perpétuel mouvement, LGDJ, 2018, p.323 et s..

**FARGE M. et HÉBERT F.,**

- *Aspects civils de la liquidation partage du régime matrimonial*, Droit et patrimoine, n°181, mai 2009, p.60.

**FERRÉ-ANDRÉ S**

- *Pour une réforme a minima du divorce en général et de la prestation compensatoire en particulier*, Defrénois, 30 septembre 1998, n° 18, p. 1082.
- *Le technicien dans la procédure participative. Questions et anticipations en droit du divorce et du partage*, AJ Famille 2013.543.

- *L'assurance vie, le conjoint et les descendants du stipulant*, AJ famille, 2016, p. 412.
- *Nouveau regard sur le divorce après la loi du 18 novembre 2016*, Defrénois, 30 janvier 2017, n°02, p. 125.

**FERRÉ-ANDRÉ S. et VERNIÈRES Ch.**

- *111<sup>e</sup> congrès des notaires de France : propositions de sécurisation juridique en droit patrimonial de la famille*, AJ famille, 2015, p. 310.

**FERRÉ-ANDRÉ S., VERNIÈRES Ch., MONTOURCY V., BOICHÉ A.**

- *110<sup>e</sup> congrès des notaires - des réformes à venir ?*, AJ famille, 2014, p. 394.

**FERRIÉ S.- M.**

- *Quel fondement pour le changement de sexe à l'état civil ?* in Dossier modernisation de la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle, AJ Famille 2016, p.587.

**FILOSA D.**

- *Divorce par acte d'avocats et enjeux liquidatifs*, Defrénois, 30 décembre 2016, n°24, page 1307.

**FONGARO E.,**

- *Retour sur les effets en France d'une union homosexuelle célébrée à l'étranger*, JCP N, n°16, 22 avril 2005 p. 794.
- *Le mariage homosexuel à l'épreuve du droit international privé. A propos de la réponse ministérielle du 26 juillet 2005*, JDI, 2006 p. 477.
- *L'adaptation du droit patrimonial de la famille au mariage polygamique*, Revue Lamy Droit civil, 2007, n°35.
- *La préparation d'une succession internationale – ou l'art subtil d'é luder la réserve héréditaire*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, n°24, 13 juin 2008, 1221.
- *La dissolution du mariage homosexuel*, La séparation des couples internationaux, Droit et patrimoine, n° 181, mai 2009, p.84.
- *Le règlement Rome III et les conséquences patrimoniales du divorce*, JCP N, n°25, 22 juin 2012, 1274.
- *Vers un droit patrimonial européen de la famille ?*, JCP N, n° 15, 12 avril 2013, 1079.
- *Le règlement « successions » et l'ordre public international*, Droit et patrimoine, n°236, mai 2014, dossier n°61.
- *L'entrée en application des règlements européens sur les régimes matrimoniaux et les*

*effets patrimoniaux des partenariats enregistrés*, JCP N, n°48, 1<sup>er</sup> décembre 2017, dossier n°1320, p.30.

- *La protection patrimoniale du couple en droit international privé*, Droit de la famille, n°1, janvier 2018, art 7, p.31.
- *Le choix de la loi applicable au régime matrimonial*, JCP N, n°16, 20 avril 2018, dossier n°1166, p.41.

**FONGARO E. et CHRONE R.,**

- *Divorce international : le règlement Rome III et ses ramifications*, JCP N, n°17, 26 avril 2013, 1108.

**FONGARO E. et SAGOT-DUVAUROUX J.,**

- *Le détournement et le droit international privé*, in Les détournements en droit des personnes et de la famille, Droit et patrimoine, n° 209, décembre 2011.

**FORTEAU M.,**

- *L'ordre public transnational ou réellement international : l'ordre public international face à l'enchevêtrement croissant du droit international privé et public*, JDI, 2011, n°1, p.3.

**FOUCHARD Ph.,**

- *Où va l'arbitrage international ?*, version remaniée et complétée d'une conférence donnée à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, le 17 novembre 1988 et à la Faculté de droit, section de droit civil, de l'Université d'Ottawa, le 24 novembre 1988, Revue de droit de McGill, McGill Law Journal, 1989.

**FOYER J.,**

- *Le notariat face aux conventions internationales*, Petites Affiches, 7 août 2003, n°157, p.37.

**FRICERO N.,**

- *Définir pour distinguer médiation et arbitrage*, JCP N, n°51-52, 23 décembre 2016, 1345.
- *Les clauses de conciliation et de médiation*, Droit et patrimoine, n°265, janvier 2017, dossier n°56.

**FRISON-ROCHE M.-A.,**

- *La disparition de la distinction de jure entre la personne et les choses : gain fabuleux*,

*gain catastrophique*, Recueil Dalloz, 30 novembre 2017, n°41, chron. n°2386.

## **FULCHIRON H.**

- *Le juge de la famille et la loi étrangère (à propos de Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 26 mai 1999)*, Droit de la famille, n°3, mars 2000, chronique n°5, p.4.
- *Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé*, JDI, 2000, p. 889.
- *Le mariage homosexuel et le droit français (à propos des lois hollandaises du 21 décembre 2000)*, D., 2001, p. 1628.
- *Couples, mariage et différence de sexe : une question de discrimination ?*, in Etudes offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi : Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé, Litec, 2002, p. 29.
- *Requiem pour la répudiation musulmane ?* JCP 2004, n°36, 1<sup>er</sup> septembre 2004, II, 10128.
- *Bruxelles II bis : le nouveau droit judiciaire européen du divorce et de la responsabilité parentale*, Droit et patrimoine, avril 2005, n° 136, p. 34.
- *Le mariage à l'heure espagnole*, Dr. Famille, n° 6, juin 2005.
- *Existe-t-il un modèle familial européen ?*, Defrénois, 15 octobre 2005, n°19, p. 1461.
- *Vers la communautarisation des règles de conflit de lois en matière de divorce ? (à propos du livre vert de la Commission sur le droit applicable et la compétence en matière de divorce)*, AJ Famille, n°11/2005, p.390.
- *Le droit français et les mariages homosexuels étrangers*, D., 2006, p. 1253.
- *Mariage et partenariats homosexuels en droit international privé français*, RIDC, 2006, p. 409.
- *Le nouveau PACS est arrivé !* Defrénois, 15 novembre 2006, n°21, p.1621.
- *Mariage, conjugalité ; parenté, parentalité : métamorphose ou rupture ?*, in Mariage-conjugalité, parenté-parentalité, Dalloz, 2009, p. 9.
- *Les solidarités dans les couples séparés : renouvellement ou déclin ?*, D., 2009, p. 1703.
- *Le mariage pour tous en droit international privé : le législateur français à la peine*, JCP G, n°49, 3 décembre 2012, 1317.
- *Le partenariat est-il soluble dans le mariage (et réciproquement) ?*, in Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser, Dalloz, 2012, p. 125.
- *Droit à une nationalité, droit à la nationalité, droit à sa nationalité ? Variations sur le thème de l'évolution contemporaine des rapports entre individus et nationalité*, in Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe : Le droit entre tradition et modernité, Dalloz,

- 2012, p. 205.
- *Le mariage pour tous ou presque*, D., 2013, p. 1969.
  - *Le mariage pour tous. Un enfant pour qui ?*, JCP G, n°23, 3 juin 2013, 658.
  - *La reconnaissance du mariage homosexuel français à l'étranger : un monde incertain...*, Dr. Famille, n° 7, juillet 2013, dossier n°30.
  - *Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du « mariage pour tous »*, JDI, 2013, doct. 9., p. 1055.
  - *La reconnaissance de la famille homosexuelle : étude d'impact*, D., 2013, p. 100.
  - *La reconnaissance au service de la libre circulation des personnes et de leur statut familial dans l'espace européen*, in *Mélanges en l'honneur de Bernard AUDIT : Les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 359.
  - *Règle de conflit de lois et lutte contre les mariages forcés. – Qui mal embrasse, trop étreint*, JCP G, n°6, 9 février 2015, 171.
  - *Le droit international privé de la famille en Europe : unité, diversité, complexité...* Droit de la famille n° 4, Avril 2015, dossier 13, p. 18.
  - *L'enfant dans le divorce sans juge*, Droit de la famille n°7-8, juillet 2016, dossier 31.
  - *L'après-divorce sans juge : remise en cause et modification de la convention passée par les époux*, Droit de la famille n°7-8, juillet 2016, dossier 32.
  - *Divorcer sans juge. A propos de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle*, La semaine juridique, édition générale, 28 novembre 2016, 1267.
  - *Le divorce par acte sous signature privée contresigné par avocat et enregistré par notaire, à propos de l'article C.civ., art. 229-1 nouveau et s.*, Defrénois n°10, 30 mai 2017, p.613.
  - *Famille homoparentale et séparation : une famille comme les autres ?* Droit de la famille, Lexis Nexis, octobre 2017, n°10, comm. 209, p.29.

**FULCHIRON H. et FERRAND F.,**

- *Vers un « droit commun » du divorce en Europe ?*, JCP G, n°45, 3 novembre 2014, p.1165.



**GALLANT E.,**

- *Violation du droit de garde au sens de la convention de La Haye de 1980*, JCP G, 31 août 2015, n°36, note 933, p.1532.
- *Le nouveau droit international privé européen des régimes patrimoniaux de couples*, Europe, LexisNexis, étude n°3.
- *Notion de droit de garde et exceptions au retour immédiat de l'enfant déplacé illicitement*, JCP G, n°42, 16 octobre 2017, 1084, p.1878.
- *Le défendeur « intégré » dans le cadre du règlement Bruxelles II bis*, JCP G, n°49, 4 décembre 2017, 1275, p.2201.
- *Contrariété à l'ordre public international de la loi étrangère qui empêche l'établissement de la filiation paternelle*, JCP G, n°50, 11 décembre 2017, note 1311, p.2260.

**GALLANT E. et FARGE M.,**

- *De l'intérêt pour le notariat de s'intéresser aux règles de compétence juridictionnelle internationale*, JCP N, n°16, 20 avril 2018, Etude dossier DIP 1164, p.31.
- *Les règles de compétence judiciaire des règlements « Régimes matrimoniaux » et « Régimes partenariaux »*, JCP N, n°16, 20 avril 2018, Etude dossier DIP 1165, p.36.

**GAILLARD E.,**

- *L'apport de la pensée juridique française à l'arbitrage international*, JDI n°2, avril 2017, var.2.
- GAILLARD E., *L'arbitrage international*, commentaire 2017/2, numéro 158, p.333-342.
- *Nouvelles réflexions sur la sociologie de l'arbitrage*, Procédures n°2, février 2020, dossier 7.

**GAILLARD E. et LAPASSE (de) P.,**

- *Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international*, Recueil Dalloz 2011, p.175.

**GASTÉ J.**

- *Le nouveau règlement successoral : pourquoi une professio juris ?*, Defrénois, 1<sup>er</sup> juin

2014, n°hors-série, p. 38.

- *Le quasi-usufruit à l'heure internationale*, JCP N, 7 octobre 2016, n°40, p. 1293.

**GAUTIER P- Y.,**

- *Convaincre l'arbitre*, in Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard AUDIT : Les relations privées internationales, LGDJ, 2014, p.397.

**GERBAY N.,**

- *La transaction : mode d'emploi*, Droit et patrimoine, n°265, janvier 2017, dossier n°64.

**GINGLINGER-POYARD C., SEVINDIK M.,**

- *Les principales actions du notariat français à l'international*, Defrénois, 16 mai 2019, n°148u2, p.17.

**GJIDARA-DECAIX S.**

- *Justice du XXIème siècle : quels changements pour le droit du surendettement ?* in Dossier modernisation de la justice du XXIème siècle, AJ Famille 2016, p.590.

**GORÉ M.,**

- *La professio juris*, Defrénois, 30 août 2012, n°15-16, p.762.
- *Requiem pour la réserve héréditaire*, Defrénois 12 octobre 2017, n°22, doctrine p.23. : la protection de la réserve héréditaire devrait s'imposer dans l'ordre international car elle est inhérente à la structure même du droit français des successions

**GOUTTENOIRE A.,**

- *L'accès des couples homosexuel au mariage et à l'adoption : première étape*, Hebdo édition privée, Lexbase, 15 novembre 2012, n° 505.
- *La fraude plus forte que l'intérêt supérieur de l'enfant*, Hebdo édition privée, Lexbase, 3 octobre 2013, n° 542.
- *Le mariage entre alliés validé par le temps...*, Hebdo édition privée, Lexbase, 9 janvier 2014, n° 553.
- *Quarante propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui*, Droit de la famille n°9, Lexis Nexis, septembre 2014, dossier n° 5, p. 14.

**GRANET-LAMBRECHTS F.,**

- « Concubinages, partenariats enregistrés et mariages entre homosexuels en Europe », in Etudes offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi : Des concubinages. Droit interne, droit

international, droit comparé, Litec, 2002, p. 375.

- *Les législations européennes relatives à l'enregistrement des couples hors mariage*, Dr. Famille, janvier 2005, p. 12.

**GRANET-LAMBRECHTS F. et HILT P.**

- *Les incidences sur l'état civil des époux de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe*, AJ famille, 2013, p. 336.

**GRIMALDI M.,**

- *Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire*, Defrénois, 30 août 2012, n°15-16, p.755.

**GUIHO P. et REVILLARD M.**

- *Les concubinages en droit international privé*, in Les concubinages, approche socio-juridique, éditions du CNRS, 1986, t. 2, p. 211.

**GUILLENCHMIDT-GUIGNOT (de) A.,**

- *Divorce par consentement mutuel en droit international privé : brèves observations pour une modification du Code civil*, Droit de la famille, n°1, janvier 2018, art 2, p.11.

- H -

**HALPERIN J.- L.,**

- *Le droit privé de la Révolution : héritage législatif et héritage idéologique*, Annales historiques de la Révolution française, Armand Colin, 2002, p.151 et s.

**HAMOU S.,**

- *La notion de résidence habituelle de l'enfant au sens de l'article 8 du règlement Bruxelles II bis*, Gaz. Pal., du 21 au 23 juin 2015, n°172 à 174, p.31.
- *La notion de résidence habituelle en droit international privé de la famille* ; Gaz. Pal., 6 octobre 2015, n°279, p. 11.
- *La médiation familiale internationale dans la résolution des conflits d'autorité parentale*, Droit de la famille, n°1, janvier 2018, art 6, p.26.

**HAUSER J.,**

- *Le PACS est-il est contrat consensuel ou solennel ?*, Defrénois, 2001, n°11, art 37362,

p. 673.

- *Le projet de loi sur le mariage des personnes de même sexe – Le paradoxe de la tortue d’Achille*, JCP G, n°44-45, 29 octobre 2012, 1185.
- *Le mariage des couples de même sexe et le notaire : une réforme par préterition et procrastination*, Dr. Famille, janvier 2013, dossier n°7.
- *L’habilitation familiale : examen critique d’une nouvelle mesure de protection juridique, rapport de synthèse*, Droit de la famille, LexisNexis, novembre 2016, comm 48.

**HEUZE V.,**

- *Arbitrage international, quelle raison à la déraison?*, D.2011, p.2880.

**HILAIRE J.,**

- *L’arbitrage dans la période moderne (XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle)*, Rev. arb., 2000, n°2, p.188.

**HILT P.**

- *Les dispositions de la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup>me siècle relatives au mariage et au pacs*, in Dossier modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup>me siècle, AJ Famille 2016, p.572.

**- J -**

**JACQUET J.- M.,**

- *Les lois de l’arbitrage*, Procédures, Hors-Série, LexisNexis Jurisclasseur, novembre 2015, Etudes n°6, p.32.

**JALLAMION C.,**

- *Arbitrage forcé et justice d’Etat pendant la révolution française d’après l’exemple de Montpellier*, Annales historiques de la Révolution française, OpenEdition, octobre – décembre 2007, justice, nation et ordre public, n°350, p.69 à 85.
- *Tradition et modernité de l’arbitrage et de la médiation au regard de l’histoire*, Gaz. Pal. 17 sept. 2009, n°17, p. 3.
- *Aspects historiques de l’arbitrage des professions libérales*, Droit et patrimoine, n°272, septembre 2017, dossier n°38.

**JARROSSON Ch.,**

- *L'arbitrabilité : présentation méthodologique : RJ com. 1996, p.1.*
- *L'autorité de chose jugée des sentences arbitrales, procédures n°8-9, août 2007, étude 17.*
- *L'actualité de la pensée de Henri Motulsky sur l'arbitrage, Procédures n°3, mars 2012, dossier n°13.*
- *Le compromis, convention d'arbitrage d'avenir ?, in Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard AUDIT : Les relations privées internationales, LGDJ, 2014, p.465.*
- *L'intensité du contrôle de l'ordre public, in L'ordre public et l'arbitrage, actes du colloque des 15 et 16 mars 2013, LexisNexis, 2014, p.161.*

**JEANCLOS Y.,**

- *La pratique de l'arbitrage du XII<sup>e</sup> au XV<sup>e</sup> siècle, Rev. arb., 1999, n°3, p.417.*

**JOUBERT N.,**

- *La mise en œuvre de l'obligation alimentaire en présence d'un élément d'extranéité dans les relations entre parents et enfants, Droit de la famille, n°1, janvier 2018, art 3, p.15.*

**JUNOD-FANGET L.,**

- *Médiation et procédure participative dans la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle, in Dossier modernisation de la justice du XXIème siècle, AJ Famille 2016, p.596.*

**JUSTON M.,**

- *Rapport « médiation familiale et contrat de coparentalité », dans l'intérêt de l'enfant, la coparentalité soutenue par la médiation familiale, Droit de la famille n°9, LexisNexis, septembre 2014, dossier n°8, p. 20.*

**JUSTON M. et COMBA G.,**

- *Pratique de la médiation familiale, AJ Famille, n°11/2005, p.399.*

**KAHN Ph.,**

- *La lex mercatoria : point de vue français après quarante ans de controverse*, 1992, volume 37 Revue de droit de McGill, p.413.

**KERCKHOVE E.,**

- *Le droit international privé du couple*, Petites affiches, 20 décembre 2007, n°254, p.41.

**KESSEDJIAN C.,**

- *Quel juge est compétent pour décider de la validité et de l'applicabilité d'une convention d'arbitrage ?*, in Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard AUDIT : Les relations privées internationales, LGDJ, 2014, p.477.

**KHAIRALLAH G.,**

- *Le statut personnel à la recherche de son rattachement. Propos autour de la loi du 17 mai 2013 sur le mariage de couples de même sexe*, in Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard AUDIT : Les relations privées internationales, LGDJ, 2014, p. 485.
- « Les partenariats organisés en droit international privé (propos autour de la loi du 15 novembre 1999 sur le pacte civil de solidarité) », RCDIP, 2000, p. 317.

**KINSCH P.,**

- *Les contours d'un ordre public européen : l'apport de la Convention européenne des droits de l'homme*, in Vers un statut européen de la famille, Actes du colloque organisé par le Centre de Droit de la Famille de l'Université Jean-Moulin Lyon 3, en association avec le CREDIP à Lyon, les 21 et 22 novembre 2013, ss dir. FULCHIRON H. et BIDAUD-GARON Ch., thèmes, commentaires et actes, Dalloz, 2014, p.147.

**KIRBY A. et GOUBIN G.,**

- *Un progrès en trompe-l'œil ; le nouveau texte sur la notification des sentences rendues en France en matière d'arbitrage international*, Procédures 2014, n°3, p.5 et s.

**LABBEE X.,**

- *Le mariage homosexuel et l'union civile*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n°43-44, 26 octobre 2013, 1360.
- *L'ordre public matrimonial à deux visages*, La Semaine Juridique Edition Générale n°16-17, 15 avril 2009, act. 201.

**LAFONT S.,**

- *L'arbitrage en Mésopotamie*, Rev. arb. 2000, p.557 et s..

**LAMARCHE M.,**

- *Orgueil et préjugés : le sort du divorce sans juge au sud de la Méditerranée*, La Semaine juridique, édition notariale et immobilière, LexisNexis, n°14, 6 avril 2018, actualités n°360.

**LANKARINI EL-ZEIN L,**

*Quelques remarques sur la sentence SPP C. la République arabe d'Egypte*, Revue belge de droit international 1994/2, éd. Bruylant, Bruxelles, p.533-558.

**LARRALDE J.- M.,**

- *Famille et convention européenne des droits de l'homme*, CRDF, n°11, 2013, p.21-29.

**LEBORGNE A.,**

- *Le rapport « médiation familiale et contrat de coparentalité » et après...*, Droit de la famille n°9, LexisNexis, septembre 2014, dossier n°9, p.21.

**LE BOT O.,**

- *Le respect de la vie privée comme liberté fondamentale*, RFDA, 2008, p.328.

**LEFEBVRE Ch.,**

- *Quelles perspectives pour le notariat ? Synthèse et propositions*, La Semaine juridique, édition notariale et immobilière, n°51-52, 23 décembre 2016, dossier n°1353.

**LE QUILLEC G. et TOMASI Th.,**

- *Introduire une procédure d'arbitrage*, Procédures, Hors-Série, LexisNexis Jurisclasseur, novembre 2015, p.89.

- *Comment rédiger une clause compromissoire ?*, Procédures, Hors-Série, LexisNexis Jurisclasseur, novembre 2015, p.94.
- *Constituer un tribunal arbitral ad hoc*, Procédures, Hors-Série, LexisNexis Jurisclasseur, novembre 2015, p.99.
- *Déroulement d'une procédure d'arbitrage*, Procédures, Hors-Série, LexisNexis Jurisclasseur, novembre 2015, p.103.
- *Former un recours contre une sentence arbitrale*, Procédures, Hors-Série, LexisNexis Jurisclasseur, novembre 2015, p.108.
- *Faire exécuter une sentence arbitrale*, Procédures, Hors-Série, LexisNexis Jurisclasseur, novembre 2015, p.113.

**LETELLIER F.,**

- *La réforme de l'envoi en possession du légataire universel et de l'exécuteur testamentaire*, JCP N, 9 décembre 2016, p.1337.

**LEVEL P.,**

- *L'arbitrabilité*, Rev. arb. 1992, p. 213.

**LEVILLAIN N.**

- *Modifications de la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle en droit des successions*, in Dossier modernisation de la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle, AJ Famille 2016, p.589.

**LEVY-SOUSSAN P.,**

- *La filiation à l'épreuve des lois*, Le Journal des psychologues, n°292, novembre 2011, p.26.

**LIBCHABER R.,**

- *Réflexions sur les effets du contrat*, in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux*, Mélanges Jean-Luc Aubert, 2005, p. 211 et s.

**LIENHARD Cl.,**

- *Le nouveau divorce par consentement mutuel, une révolution culturelle*, D. 2017, p. 307.
- *Nouveaux enjeux et nouvelles philosophies du rôle de l'avocat dans le divorce par consentement mutuel conventionnel*, in Dossier divorce par consentement mutuel : la



réforme !, AJ Famille 2017, p.40.

**LOQUIN E.,**

- *Sentences internationales – voies de recours. Article 1504 du NCPC. Conventions d'arbitrage prévoyant un appel dirigé contre la sentence. Irrecevabilité de l'appel. Recours en annulation recevable. Requalification du recours. Arbitrage international.* RTD com., 2001, p.649.
- *Le juge des référés ne peut se substituer au juge de l'exequatur pour assurer l'exécution de la sentence,* RTD com., 2005, p.485.
- *L'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire,* RTD com., 2005, p.486.
- *L'obligation pour l'amiable compositeur de statuer en équité : le débat est clos,* RTD com., 2005, p.484.
- *Les mystères de la désignation du troisième arbitre par les deux arbitres nommés par les parties,* RTD com., 2005, p.482.
- *Le calendrier de l'arbitrage,* RTD com., 2006, p.305.
- *L'application dans le temps du nouvel article 2061 du Code civil,* RTD com., 2006, p.302.
- *La consécration de l'estoppel par le droit français de l'arbitrage,* RTD com., 2006 p.309.
- *Stipulation pour autrui et arbitrage,* RTD com., 2006.773.
- *De la bonne gestion de l'instance arbitrale par les arbitres,* RTD com., 2007, p.689.
- *La jurisprudence Hilmarton est toujours d'actualité,* RTD com., 2007, p.682.
- *De l'irrésistible et regrettable empiètement du droit européen sur le droit de l'arbitrage international,* RTD Com. 2010 p.529.
- *L'arrêt de mort des sentences d'accord-parties,* RTD com. 2013, p.476, civ. 1<sup>ère</sup>, 14 novembre 2012, *Société Mayne-Penafiel contre M.Y. Mayne*, Rev. arb.2013.138, note BILLEMONT J..
- *L'obligation de révélation de l'arbitre : que doit-il révéler ?, civ. 1<sup>ère</sup>, 10 octobre 2012, n°11-20.299, Société Neoelectra Group SAS contre Société Tesco EURL, DD.2012.2458, obs. DELPECH X., ibid 2991, obs. CLAY T., Rev. arb. 2013.129, note JARROSSON Ch..*
- *La faute de l'arbitre qui accepte d'être désigné comme arbitre dans une procédure en sachant qu'il lui était impossible de rendre de nouvelles décisions,* RTD com., 2019, p.55.

- *La compétence du juge de droit commun pour sanctionner la mauvaise exécution par l'institution de l'arbitrage du contrat d'organisation de l'arbitrage*, RTD com., 2019, p.39.
- *Le contrôle renforcé de la sentence au regard de l'ordre public international par le juge de l'exequatur en cas de corruption et de blanchiment d'argent*, RTD com., 2019, p.42.

**LUZU F. et LE GALL N,**

- *Vade-mecum d'une transmission internationale*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, n°37, 14 septembre 2012, 1327.

**- M -**

**MAGNIER-MERRAN K.,**

- *Pour un renouveau des usages de la profession d'avocat*, Droit et patrimoine, n°272, septembre 2017, dossier n°62.

**MALAURIE Ph.,**

- *Le mariage homosexuel et l'union civile – Réponse à Xavier Labbé*, La Semaine Juridique Edition Générale n°42, 15 octobre 2012, 1096.

**MALLET-BRICOURT B.,**

- *Arbitrage et droit de la famille*, Droit et patrimoine, 1<sup>er</sup> mai 2002, n°104.

**MARIA I.,**

- *La gestion de l'incapacité en droit international privé*, Droit de la famille, n°1, janvier 2018, art 9, p.38.

**MATHERON S.,**

- *De nouveaux droits pour les enfants, l'avis de l'avocat*, Droit de la famille n°9, LexisNexis, septembre 2014, dossier n°12, p.26.

**MAY P.,**

- *La controverse sur les tribunaux d'arbitrage religieux ontariens : un non-dit identitaire ?* Canadian Journal of Political Science, Volume 47, n°2, juin 2014, p.327-347.

**MAYER P.,**

- *Le poids des témoignages dans l'arbitrage international*, in Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard AUDIT : Les relations privées internationales, LGDJ, 2014, p.525.

**MESTRE J.,**

- *Arbitrage – propos conclusifs*, Procédures n°2, février 2020, dossier 8.

**MEYER P.,**

- *Le contrat illicite*, Rev. Arb. 1984, p.218.

**MONTREDON J.- F.,**

- *Les modalités d'imposition de la succession*, Droit et patrimoine, n°236, mai 2014, dossier n°66.

**MOREL B.,**

- *Le passif dans le cadre des divorces internationaux*, Droit et patrimoine, n°181, mai 2009, p.67.

**MOTULSKY H.,**

- *Etudes et notes sur l'arbitrage*, préface GOLDMAN B. et FOUCHARD Ph., D. 1974, p. 6.

**MOURALIS D.,**

- *Conformité des sentences internationales à l'ordre public : la Cour de cassation maintient le principe d'un contrôle limité*, La Semaine juridique, édition générale, n° 16 - 21 avril 2014, note 475, p.782.
- *Loyauté et arbitrage*, in Droit et loyauté, PETIT F. (ss la dir.), actes du colloque « droit et loyauté », Avignon, 10 octobre 2014, Thèmes, commentaires et actes, Dalloz, 2015, p.47.

**MOUSSERON P.,**

- *Appréciation de l'arbitrage en matière de sociétés libérales*, Droit et patrimoine, n°272, septembre 2017, dossier n°52.

**MOUSSERON P. et VIENNOIS J.- P.,**

- *Arbitrage et professions libérales*, Droit et patrimoine, n°272, septembre 2017, dossier n°37.

**MOUTARDIER H.,**

- *La procédure participative et le divorce par consentement mutuel* in Dossier divorce par consentement mutuel : la réforme !, AJ Famille 2017, p.54.
- *Procédure participative avant tout procès : le déroulé*, in Dossier divorce par consentement mutuel : la réforme !, AJ Famille 2017, p.124.

**MOUTARDIER H., VINCOT A.,**

- *Convention de procédure participative*, in Dossier divorce par consentement mutuel : la réforme !, AJ Famille 2017, p.120.

**MURAT P.,**

- *Actualité du droit patrimonial de la famille*, Gazette du Palais, 30 mars 2013, n°89, p.37.
- *Arbitrage et évolution du droit français de la famille*, in dossier arbitrage et famille, revue Droit et patrimoine, n°275, 1<sup>er</sup> décembre 2017, p.31.

- N -

**NEIRINCK C.,**

- *Le mariage homosexuel ou l'arbre qui cache la forêt*, Dr. fam. 2012, Repère 8.
- *Quand les droits de l'homme, pour servir l'intérêt de l'enfant, privilégient les pères, ignorent les mères et favorisent la gestation pour autrui !* Droit de la famille n°9, Lexis Nexis, septembre 2014, commentaire n°128, p.28.

**NEVILLE C.,**

- *La médiation et l'arbitrage dans le processus de coordination des tâches parentales*, Le journal d'arbitrage et de médiation canadien, vol. 25, n°1, printemps/été 2016, p.34.

**NIBOYET M.- L.,**

- *Trois arrêts importants sur la portée des clauses d'arbitrage et de juridictions*, Cah. Arb., vol. I, p.97.

**NOGUERO D.,**

- *Le périmètre des pouvoirs de la personne habilitée sur les biens du majeur protégé*, Droit de la famille, LexisNexis, novembre 2016, comm 43.

## **NORD N.,**

- *Les lois de police : une conception classique ou restrictive ?* Droit et patrimoine, n°236, mai 2014, dossier n°56.

## **NOURISSAT C.,**

- *Droit civil de l'Union européenne (1<sup>er</sup> semestre 2003)*, D.2003.2450.
- *Droit civil de l'Union européenne (2<sup>nd</sup> semestre 2003)*, D.2004.1321.
- *Les successions : à propos du livre vert de la Commission au 1<sup>er</sup> mars 2005*, AJ Famille, n°11/2005, p.393.
- *Droit civil de l'Union européenne : panorama 2005*, D. 2006.1259.
- *Sur l'élaboration d'une source perturbatrice : à propos du droit international privé communautaire*, Recueil Dalloz 2007, p.1098.
- *Droit civil de l'Union européenne : juin 2006-novembre 2007*, D.2008.40.
- *La loi applicable, in Recouvrement des obligations alimentaires dans l'Union*, D. Actualités 20 mars 2009, AJ Famille 2009.101.
- *Nouvelle rencontre plus que préoccupante entre l'arbitrage et le règlement « Bruxelles I »*, Procédures n°4, avril 2009, comm. 114.
- *Vers un droit européen des successions ?* D.2010.752.
- *BONOMI (Andrea) et WAUTELET (Patrick), Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n°605/2012 du 4 juillet 2012*, Bruylant, 2013, 938 p., Rev. crit. DIP 2014.241.
- *Le notaire et les règlements européens*, Defrénois, n°3, 15 février 2015, p.115.
- *Quand la Cour de justice apporte une première correction à la frontière tracée par elle entre arbitrage et règlement Bruxelles I...*, JCP G, n°27, 6 juillet 2015, notes 804, p.1328 à 1331.
- *Arbitrage et règlement « Bruxelles I » : la frontière restaurée ?*, Procédures, juillet 2015, commentaire n°226, p.20 et 21.
- *chronique 2015 de droit notarial de l'Union européenne*, Defrénois, n°3, 15 février 2016, p.134.
- *Médiation et arbitrage : enjeux pour la pratique notariale européenne – CSN, 12 sept. 2016*, JCP N 2016, 1344.
- *L'apport du droit de l'Union européenne à l'arbitrage*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 51-52, 23 Décembre 2016, 1347.

- *Le divorce conventionnel à l'épreuve de l'ordre juridique de l'Union*, Libres propos, JCP N., n°20, 19 mai 2017, comm. 548.
- *Le notaire n'est pas une juridiction au sens des règlements européens de coopération judiciaire civile*, JCP N., n°21, 26 mai 2017, comm. 1184.
- *Quand la Cour de Justice reconnaît les activités réservées des notaires...*, Defrénois n°10, 30 mai 2017, p.647 et s., : la Cour de justice de l'Union européenne juge, par un arrêt du 9 mars 2017 que le traité ne s'oppose pas à ce que les Etats membres accordent aux seuls notaires le pouvoir d'authentifier les actes soumis à publicité foncière. Il s'agit là d'une reconnaissance éclatante des activités notariales réservées mais dont la portée au-delà du système du livre foncier mérite d'être analysée.
- *De la résidence habituelle d'un nourrisson...*, Procédures n° 8-9, Août 2017, comm. 192.
- *Liquidation d'un régime matrimonial*, Procédures n°8-9, août 2017, comm. 193.
- *Arbitrage et professions libérales : propos conclusifs*, Droit et patrimoine, n°272, septembre 2017, dossier n°67.
- *Certificat successoral européen : quelle part pour le conjoint ?*, LexisNexis, La Semaine juridique, édition notariale et immobilière, n°13, 30 mars 2018, aperçu rapide n°340, p.5.
- *Retour sur le 115<sup>ème</sup> congrès : les propositions commentées par son rapporteur de synthèse, le professeur Cyril Nourissat*, Defrénois, n°24, 13 juin 2019, n°149p2, p.13.
- *Observations sur la réforme du droit des obligations à la lumière de la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises*, AJ contrat 2019, p.24.
- *Retour sur le règlement (UE) 2019/1111 du 25 juin 2019 dit règlement « Bruxelles II bis refondu » ou règlement « Bruxelles II ter »*, Procédures n°1, janvier 2020, alerte 1.
- *L'arbitre et le droit de la famille*, Procédures, n°2, février 2020, dossier n°3.

**NOURRISAT C., BIDAUD-GARON Ch., DEVERS A., DEVISME M., FARABOLINI I.,**

- *Droit international privé notarial*, JCP N., n°42, 18 octobre 2013, chron.1242, p.29.

**NOURRISAT C., BIDAUD-GARON Ch., DEVERS A., DEVISME M., FONGARO E.,**

- *Droit international privé notarial*, JCP N., n°49, 5 décembre 2014, comm. 1352, p.19.

**NOURISSAT C., BOICHE A., ESKENAZI D., MEIER-BOURDEAU A., THUAN G. dit DIEUDONNE,**

- *Le divorce par consentement mutuel « à la française » met à mal l'espace judiciaire commun et le principe de confiance mutuelle*, La Semaine juridique, édition générale,

n°19-20, 8 mai 2017, Actualités, n°549.

**NOURISSAT C. et REVILLARD M.,**

- *Le notaire français et le règlement « successions »*, Defrénois, n°19, 15 octobre 2015, p.985.

- O -

**ORTSCHEIDT J. et SERAGLINI Ch.,**

- *Droit de l'arbitrage*, JCP E., n°2, janvier 2017, chron.1018, JCP G 2016, doctr.1430.

- P -

**PAILLARD S.,**

- *Conséquences fiscales de la procédure de divorce par consentement mutuel sans juge*, in Dossier divorce par consentement mutuel : la réforme !, AJ Famille 2017, p.31.

**PALOMA ABARCA JUNCO A, GÓMEZ JENE M.,**

- *Arbitraje familiar internacional*, Cuadernos de Derecho Transnacional, Mars 2012, Vol. 4, N° 1, p. 5-19.

**PANET A.,**

- *Le statut personnel en droit international privé européen, les lois de police comme contrepoids à l'autonomie de la volonté*, rev. crit. DIP, 104 (4), octobre-décembre 2015, p. 837.

**PARICARD S.,**

- *Une libéralisation du changement de sexe qui suscite des interrogations majeures*, in Dossier modernisation de la justice du XXIème siècle, AJ Famille 2016, 2016, p.585

**PEISSE H.,**

- *L'aspect patrimonial du divorce international*, Droit et patrimoine, n°268, avril 2017, comm. 46.

**PELLERIN J.,**

- *Commentaire de l'article 11 de la loi Justice du XXI<sup>e</sup> siècle : les nouvelles dispositions sur l'arbitrage*, Defrénois, 31 janvier 2017, n°5, p.54.

**PERREAU-SAUSSINE L.,**

- *Le nouveau règlement européen « régimes matrimoniaux »*, JCP G, n°42, 17 octobre 2016, doct. 1116.
- *Le conflit entre clause compromissoire et clause attributive de juridiction*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard AUDIT : Les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p.611.

**PEROZ H.,**

- *Le nouveau règlement européen sur les régimes matrimoniaux*, JCP N, n°29, 22 juillet 2016, p.33.

**PETERKA N.,**

- *Le statut de la personne habilité*, Droit de la famille, LexisNexis, novembre 2016, comm. 44.

**PHILIPPOT A.,**

- *La famille en droit international privé*, Droit de la famille, n°1, janvier 2018, art 1, p.10.

**PIEDELIEVRE S.,**

- *Divorce sans juge : remise en cause de la convention et droit commun des contrats*, Solutions Notaires le mensuel, n°3, mars 2017, p. 18.

**PIERRE N. et PIERRE-MAURICE S.,**

- *La déjudiciarisation de l'envoi en possession du légataire*, Defrénois, 30 décembre 2016, n°24, p. 1327.

**PIN Ph.,**

- *Divorce, extranéité et fiscalité*, Droit et patrimoine, n°268, avril 2017, comm. 46.

**PLUYETTE G.,**

- *Actualités du droit de l'arbitrage : l'obligation de révélation des arbitres et le contrôle de l'ordre public de fond par la Cour de cassation*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard AUDIT : Les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p.623.



**POIVEY-LECLERCQ H.,**

- *Etats généraux du droit de la famille – la procédure participative*, Gazette du Palais, n°84, 24 mars 2012, p.17.
- *L'avocat au cœur des MARD*, Droit et patrimoine, n°265, janvier 2017, dossier n°60

**POSOCCO L.,**

- *L'inarbitrabilité des litiges*, Gaz. Pal., n°362, 28 déc. 2013, dossier « arbitrage : entre théorie et pratique », article n°156f6.

**- Q -**

**QUEGUINER J.- S.,**

- *Le divorce sans juge en droit international privé*, Droit de la famille, n°9, LexisNexis, septembre 2018, dossier n°23.

**- R -**

**RACINE J.- B.,**

- *Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international*, Rev. arb. 2005, p.305.
- *L'originalité de l'arbitrage liée aux ordres professionnels*, Droit et patrimoine, n°272, septembre 2017, dossier n°57.
- *L'arbitrabilité des litiges de droit de la famille*, in dossier arbitrage et famille, revue Droit et patrimoine, n°275, 1<sup>er</sup> décembre 2017, p.26.
- *Réflexions sur les voies de recours en droit de l'arbitrage, propos introductifs*, Rev. arb. 2018, n°1, p.3.

**REINGEWIRTZ D.,**

- *Déterminer la validité de la clause d'arbitrage*, Procédures, Hors-Série, LexisNexis Jurisclasseur, novembre 2015, p.75.

**REVET Th.,**

- *Indivision, droit de demander le partage*, RTD civ. 2000, p.870.
- *Le corps humain est-il une chose appropriée*, RTD Civ., Dalloz, juillet-septembre 2017, p.587.

**REVILLARD M.,**

- *Le pacte civil de solidarité en droit international privé*, Defrénois, 30 mars 2000, n° 6, p. 337.
- *Les unions hors mariage. Regards sur la pratique de droit international privé*, in Etudes offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi : Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé, Litec, 2002, p. 588.
- *Le Pacs, les partenariats enregistrés et les mariages homosexuels dans la pratique de droit international privé*, Defrénois, 30 mars 2005, n°6, p. 461.
- *La loi applicable à la forme du testament*, Defrénois n°12-08, n°38793, p.1327.
- *La loi applicable au changement de régime matrimonial*, Defrénois n°14/08, n°38810, p.1580.
- *Les travaux de la commission internationale de l'état civil en lien avec la pratique de l'état civil*, Defrénois, 30 septembre 2009, n° 16, p. 1675.
- *Divorce des couples internationaux : choix de la loi applicable*, Defrénois, 15 mars 2011, n°5, p. 445.
- *Propositions de règlements communautaires sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats*, LPA, 6 juillet 2011, n° 13, p. 3.
- *Successions internationales : le règlement du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 en matière de successions*, Defrénois, 30 août 2012, n°15-16, p.743.
- *L'autonomie de la volonté dans les relations de famille internationales : regards sur les récents instruments internationaux*, Essays in honour of Hans Van Loon : A Commitment to Private International Law, Intersentia, 2013, p. 487.
- *Droit international privé et européen : pratique notariale*, Defrénois, 8ème éd., 2014.

**RICHEZ-PONS A.,**

- *Les rapports patrimoniaux entre personnes mariées ou non mariées*, AJ Famille, n°11/2005, p.386.

**RINGOT A.,**

- *Médiatrice familiale au sein de la commission « médiation familiale et contrat de*

*coparentalité* » : ouvrir l'espace de médiation familiale au législateur..., Droit de la famille n°9, Lexis Nexis, septembre 2014, dossier n°10, p.22.

**ROMANO G. P.,**

- *Le sort international des avoirs de prévoyance professionnelle à la suite de démariage : réflexions à l'occasion d'une réforme*, in *Swiss Review of International and European Law* 3/2013, p. 351-401.
- *La bilatéralité éclipsée par l'autorité : développements récents en matière d'état des personnes*, RCDIP, 2006, p. 457.
- *Le principe de la sécurité juridique à l'épreuve des arrêts Gasser et Owusu*, in *Cahiers de droit européen* 1/2008, p. 175-210.
- *Le choix des principes Unidroit par des contractants à l'épreuve des dispositions impératives*, in *Journal du droit international* 2/2007, p. 473-495.
- *Le droit international privé à l'épreuve de la théorie kantienne de la justice*, in *Innovatives Recht : Festschrift für Ivo Schwander* [Lorandi, Franco ; Staehelin, Daniel, édit.], Zürich (Dike) 2011, p. 613-639.
- *Quelques remarques sur le conflit international de statuts familiaux*, in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, 2013, p. 185. « Non-marital unions in european law », *Revue de droit comparé*, 2008, p. 27.

**ROSENCZVEIG J.- P.,**

- *Le rapport « de nouveaux droits pour les enfants » : un rapport pour rien ?* Droit de la famille n°9, LexisNexis, septembre 2014, dossier n°11, p. 24.

**RUBELLIN-DEVICHI J. et LOQUIN E.,**

- *Procédure civile, arbitrage*, J.- Cl, Fasc. 1010, n°5.

- S -

**SAGAUT J.- F.,**

- *Le certificat successoral européen : un acte en quête de notoriété*, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, n°15, 12 avril 2013, 1086.

**SALORD M.,**

- *Présentation générale, in Recouvrement des obligations alimentaires dans l'Union, D. Actualités 20 mars 2009, AJ Famille 2009, p.100.*
- *La coopération entre autorités centrales, in Recouvrement des obligations alimentaires dans l'Union, D. Actualités 20 mars 2009, AJ Famille 2009, p.114.*
- *Un accès effectif à la justice pour les enfants : aide judiciaire gratuite, in Recouvrement des obligations alimentaires dans l'Union, D. Actualités 20 mars 2009, AJ Famille 2009, p.118.*

**SAYN I.,**

- *L'évolution du rôle de la volonté individuelle dans l'encadrement juridique de l'organisation familiale, Dossier nouvelles pratiques juridiques, Cahiers Philosophiques, n°116, décembre 2008.*

**SCHOUFUKIR-GABRIEL A.,**

- *Quatre rapports, un nouveau droit pour demain ? Droit de la famille n°9, Lexis Nexis, septembre 2014, dossier n°1, p.7 et s..*

**SINAY-CYTERMANN A.,**

- *Les tendances actuelles de l'ordre public international, in Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard AUDIT : Les relations privées internationales, LGDJ, 2014, p.635.*

**SOERENSEN B.,**

- *Suppression de l'exequatur, in Recouvrement des obligations alimentaires dans l'Union, D. Actualités 20 mars 2009, AJ Famille 2009, p.112.*

**SUQUET-COZIC M.,**

- *Comment publier un partage dans le cadre du nouveau divorce par consentement mutuel sans juge ?, Bulletin de fiscalité immobilière, plus-value et enregistrement, Francis Lefebvre, avril 2017, n°4/17, p. 117.*
- *Divorce sans juge : les conditions d'enregistrement de la convention à l'aune de la circulaire, Bulletin de fiscalité immobilière, plus-value et enregistrement, Francis Lefebvre, avril 2017, n°4/17, p. 120.*

**TANI A.,**

- *Mémoire des successions internationales : jeu de « questions/réponses », Droit de la famille, n°1, janvier 2018, art 8, p.35.*

**TERCIER P.,**

- *La légitimité de l'arbitrage, Revue de l'arbitrage 2011, p. 664.*

**THIBIERGE L.,**

- *Arbitrage et volonté, Droit et patrimoine, n°215, juin 2012, p. 36.*

**THERY I.,**

- *Mariage pour tous et homoparentalité. Des révélateurs du droit commun de la filiation, Dialogue 2013/2 (n°200), p.61-72, DOI 10.3917/dia.200.0061.*

**THÉRY I. et LEROYER A.- M.,**

- *Filiation, origines, parentalité : le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle, Droit de la famille n°9, LexisNexis, septembre 2014, dossier n°2, p. 8 et s..*
- *Les suites du rapport « Filiation, origines, parentalité », Droit de la famille n°9, LexisNexis, septembre 2014, dossier n°3, p. 11 et s..*

**THERY Ph.,**

- *Arbitrage forcé et justice étatique, RTD civ. 2004.340. [CJCE 4 déc. 2003, Evans, aff. C-63/01, Cyril Nourissat, L'arbitrage forcé au regard du droit communautaire, chron. Procédures, févr. 2004, n° 2)]*
- *Ce que n'est pas une sentence arbitrale : subtilités de la qualification..., RTD Civ. 2011.385*
- *L'ordre public conventionnel et la sentence arbitrale : l'arbitrage en liberté surveillée, RTC Civ. 2007.633.*

**THUEGAZ A. et DINIS GONCALVES D.,**

- *Les incertitudes du Brexit sur le contentieux familial, Droit de la famille, n°1, janvier 2018, art 10, p.41.*

**THOURET S.,**

- *Le divorce pour tous*, Droit de la famille n°7-8, , Juillet 2013, dossier 22.
- *Le nouveau divorce par consentement mutuel ou le divorce sans juge*, in Dossier modernisation de la justice du XXIème siècle, AJ Famille 2016, p.568.
- *L'après-divorce conventionnel : vers le retour du juge !* in Dossier divorce par consentement mutuel : la réforme !, AJ Famille 2017, p.42.
- *La place de l'avocat dans l'arbitrage familial*, in dossier arbitrage et famille, revue droit et patrimoine, n°275, décembre 2017, p.41.

**THOURET S., AVENA-ROBARDET V.,**

- *Divorce par consentement mutuel conventionnel* in Dossier divorce par consentement mutuel : la réforme !, AJ Famille 2017, p.125.
- *Divorce par consentement mutuel judiciaire* in Dossier divorce par consentement mutuel : la réforme !, AJ Famille 2017, p.130.

**TIRVAUDAY C.,**

- *Les modes amiables de règlements des différends*, Droit et patrimoine, n°265, janvier 2017, dossier n°55.

**TOULIEUX F.,**

- *Aperçu sur le recouvrement des aliments en Europe*, AJ Famille, n°11/2005, p.383.

**TORRICELLI-CHRIFI S.,**

- *Divorce contractuel : quel(s) acte(s) pour quelle(s) responsabilité(s)*, JCP N., n°45, 11 novembre 2016, comm. 1193, p.11.

**TRAIN F.- X.,**

- *Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères : le droit français au prisme de la Convention de New York*, Revue internationale de droit comparé. Vol. 66 N°2,2014. Études de droit contemporain. Contributions françaises au 19e Congrès international de droit comparé, Vienne, 20 - 26 juillet 2014, p. 249-282.
- *L'effectivité du contrôle de la juridiction de l'arbitre*, Procédures n°2, février 2020, dossier 6.

**TRAVADE-LANOY S.,**

- *Audition de l'enfant : le point sur les obligations du juge*, Gaz. Pal., juin 2015, n°172 à

174, p. 7.

- V -

**VAN SEGGELEN M et BASSEVILLE B.,**

- *Testament et mobilité en Europe*, Petites Affiches, 14 avril 2005, n°74, p.37.

**VEILLARD I.,**

- *Le domaine de l'autorité de la chose arbitrée, Etude critique à la lumière des développements récents de la jurisprudence de la Cour de cassation*, Rev. crit. DIP 2012.15.

**VERHEYDE T.,**

- *L'habilitation familiale retouchée*, in Dossier modernisation de la justice du XXIème siècle, AJ Famille 2016, p.588.
- *Le rôle du juge dans la mesure d'habilitation familiale : de la lumière à l'éclipse !* Droit de la famille, LexisNexis, novembre 2016, comm. 42.

**VESSAUD R.,**

- *Questions notariales et arbitrage*, in dossier arbitrage et famille, revue droit et patrimoine, n°275, décembre 2017, dossier p.46.

**VIALLA F.,**

- *Arbitrage et profession de santé*, Droit et patrimoine, n°272, septembre 2017, dossier n°43.

**VIENNOIS J.- P.,**

- *Originalité de l'arbitrage liée aux questions entrepreneuriales*, Droit et patrimoine, n°272, septembre 2017, dossier n°47.

**VINCENT D.,**

- *La loi applicable aux donations entre époux*, Defrénois, 28 février 2008, n°4, p.378.

**VINET F.,**

- *Les dispositions relatives à l'état civil dans la loi de modernisation de la justice du*

*XXI<sup>ème</sup> siècle*, in Dossier modernisation de la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle, AJ Famille 2016, p.577.

- W -

**WAUTELET P.,**

- *Comparer et articuler les droits – l'exemple du démariage en 2015*, droit de la famille n°4, avril 2015, dossier 27.
- *Le recours à l'arbitrage en matière de succession internationale, Réflexions à partir du règlement 650/2012*, JCP N 23 décembre 2016, dossier p.1350.

**WATTE N.,**

- *L'autonomie de la volonté dans les conventions de la Haye*, rev. Belge de droit international privé, 1991/1, éd. Brylant, Bruxelles, p. 413.

**WEILLER L.,**

- *Exequatur des sentences arbitrales administratives étrangères : compétence du juge judiciaire (à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 8 juillet 2015)*, Procédures, Hors-Série, LexisNexis Jurisclasseur, novembre 2015, études 1, p.1.
- *Un recours en révision vraiment « extraordinaire » (à propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 17 février 2015)*, Procédures, Hors-Série, LexisNexis Jurisclasseur, novembre 2015, Etudes n°2, p.4.
- *Les recours contre les décisions du juge d'appui*, Rev. arb. 2018, n°1, p.18.
- *Réflexions sur la juridiction de l'arbitre – actes de colloque du Laboratoire de droit privé et de sciences criminelles de la faculté de droit d'Aix-en-Provence*, Procédures n°2, février 2020, dossier 1.

- Z -

**ZUKOVA G.,**

- *Lettonie : le principe compétence-compétence n'exclut pas le recours aux tribunaux*



*étatiques pour statuer sur la validité de la clause compromissoire*, Cahiers de l'arbitrage, 1<sup>er</sup> novembre 2015, n°3, p.493.

**\* En langue anglaise**

**- B -**

**BURLESON L. P.,**

- *Family law arbitration: third party alternative dispute resolution*, 30 *Campbell L. Rev.* 297, 2008, p.297.

**- C -**

**COPSON J.,**

- *The view from England and Wales*, in dossier arbitrage et famille, revue *Droit et patrimoine*, n°275, décembre 2017, p.48.

**COULSON R.,**

- *Family Arbitration - An Exercise in Sensitivity*, 3 *Fam. L.Q.* 22 (1969).

**- H -**

**HOLLANDER P.,**

- *The new Belgian Arbitration Law*, *Cahier de l'arbitrage*, 1<sup>er</sup> octobre 2013, n°4, page 1013.

- K -

**KENNETT W.,**

- *It's Arbitration, But Not As We Know It: Reflections on Family Law Dispute Resolution*, International Journal of Law, Policy and The Family, 24 janvier 2016.

- P -

**PARK. W.W.,**

- *The Deontology of Arbitration's Discontents: Between the Pernicious and the Precarious*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard AUDIT: Les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p.581.

- O -

**OLUDURO O.,**

- *Customary arbitration in Nigeria : development and prospects*, African Journal of International and Comparative Law, 19.2, 2011, 307-330, Edinburg University Press.

- R -

**ROMANO G. P.,**

- *Conflicts between parents and between legal orders in respect of parental responsibility*, in *Yearbook of Private International Law 2015*, vol. 16, p. 129-166.
- *Conflicts and coordination of family statuses : towards their recognition within the EU?*, in *Adoption : cross-border legal issues*, European Parliament, 2015, p. 17-43.
- *Non-marital unions in european law*, in *Revue de droit comparé* 2008, p. 27-48.
- *Is traditional multilateral rule relating to capacity to marry in line with the Constitution?* Some observations with respect to two recent conflicts cases submitted to

the Italian Constitutional Court, in Yearbook of Private International Law 2005, p. 207-238.

- *Italian rules on adjudicatory jurisdiction and enforcement of foreign judgments*, in Annales de la Faculté de droit d'Istanbul 2005, p. 405-435.

- W -

**WALKER G.,**

- *Arbitration family law cases by agreement*, vol. 18, 2003, p.429.
- 2006 Revised Handbook : arbitrating family law cases under the North Carolina family law arbitration act as amended in 2005, vol. 1, commentary, 20 mai 2006.

**IV. Chroniques de jurisprudence, de sentences arbitrales, notes et observations**

- B -

**BARBET J.,**

- *Extension des effets de la clause compromissoire à des parties non signataires du contrat : les juridictions françaises persistent ...et signent*, note sur CA PARIS, 1<sup>ère</sup> ch. C., 7 mai 2009, *Société Suba France contre Société Pujol*, RG n°08/02025, Petites Affiches, 11-12 août 2009, n<sup>os</sup> 159-160, p.10.

**BETTO J.- G.,**

- *Cass., civ. 2<sup>ème</sup>, 8 mars 2001, 18 oct. 2001 et 4 avril 2002, CA de PARIS, 17 janv. 2002*, Rev. arb. 2002.899

**BOELE-WOELKI K.,**

- *Unifying and Harmonizing Substantive Law and the Role of Conflict of Laws*, Cours collectés de l'Académie de droit international de La Haye, volume 340, paragraphe 1.

**BOYD M.,**

- *Résolution des différends en droit de la famille : pour protéger le choix, pour promouvoir l'inclusion*, rapport d'enquête sur l'arbitrage en matière familiale et successorale et son impact sur les personnes vulnérables, Procureur général de l'Ontario, 20 décembre 2004.

**BULLETIN DU CRIDON DE PARIS**

- *La fonction du notaire dans le divorce déjudiciarisé*, n°22, 15 novembre 2016.

- C -

**CAVALIEROS Ph. et al.,**

- *Chronique des sentences arbitrales*, JDI, n°3, juillet 2019, chron. 5.

**CLAY Th.,**

- *Arbitrage et modes alternatifs de règlements des litiges*, D.2005.3050 (arrêt NIOC notamment), D.2006.3026, D.2008.180, D.2008.3111, D.2009.2959, D.2010.2933, D.2011.3023, D.2012.2991, D.2013.2936, D.2014.2541, D.2015.2588, D.2016.2589, D.2017.2559, D.2018.2448, D.2019.2435.

**CONSEIL SUPÉRIEUR DU NOTARIAT,**

- Divorce par consentement mutuel – note pratique 23 février 2016.
- Divorce par consentement mutuel – note pratique, 27 janvier 2017, mise à jour le 11 mai 2017.
- Guide pour une chartre-cadre relative à la liquidation et au partage des intérêts patrimoniaux des époux après divorce, CSN, IEJ, Avril 2017.

- D -

**D'AVOUT L., BOLLEE S.,**

- *Droit du commerce international*, Recueil Dalloz 2009, p.2384, Recueil Dalloz 2017, p.2054.

**DEVERS A.,**

- *Efficacité des jugements étrangers en France*, note sous Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 17 octobre 2019, n°18-18.702 : JurisData n°2019-020167, Droit de la famille, LexisNexis, n°1, janvier 2020, commentaire n°23.

- G -

**GAILLARD E.,**

- *Chronique des sentences arbitrales*, JDI, n°1, janvier 2003, 100011.
- *Chronique des sentences arbitrales*, JDI, n°1, janvier 2004, 100012.
- *Chronique des sentences arbitrales*, JDI, n°1, janvier 2005, chron. 1.
- *Chronique des sentences arbitrales*, JDI, n°1, janvier 2006, chron. 2.
- *Chronique des sentences arbitrales*, JDI, n°1, janvier 2007, chron. 3.
- *Chronique des sentences arbitrales*, JDI, n°1, janvier 2008, chron. 3.
- *Chronique des sentences arbitrales*, JDI, n°1, janvier 2009, chron. 2.
- *Chronique des sentences arbitrales*, JDI, n°2, avril 2010, chron. 2.

**GARDE DES SCEAUX,**

- *Communiqué de presse du garde des sceaux Jean-Jacques URVOAS, entrée en vigueur de la réforme du divorce par consentement mutuel au 1<sup>er</sup> janvier #J21*.

- *Circulaire du garde des sceaux numéro CIV/02/17 du 26 janvier 2017, JUSC1638274C, référence C1/713-2016/3.11.1/SM/4*.

- *Circulaire du 10 mai 2017 de présentation des dispositions en matière de pacte civil de solidarité issues de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice d XXI<sup>ème</sup> siècle et du décret du 6 mai 2017 relatif au transfert aux officiers de l'état civil de l'enregistrement des déclarations, des modifications et des dissolutions des pactes civils de solidarité, BOMJ n°2017-05 du 31 mai 2017-JUSC1711700C*.

- *Circulaire du 12 mai 2017 relative à la publication du décret n°2017-891 du 6 mai 2017*

*relatif aux exceptions d'incompétence et à l'appel en matière civile, du décret n°2017-892 du 6 mai 2017 portant diverses mesures de modernisation et de simplification de la procédure civile, et du décret n°2017-896 du 9 mai 2017 relatif aux procédures de traitement des situations de surendettement des particuliers pris pour l'application de l'article 58 de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle, BOMJ n°2017-05 du 31 mai 2017, JUSC1714355C.*

**- I -**

**INSTITUT DU DROIT DE LA FAMILLE ET DU PATRIMOINE**

- *Notification du projet de convention* in Dossier divorce par consentement mutuel : la réforme !, AJ Famille 2017, p.105.

- *Requête conjointe à fin de divorce* in Dossier divorce par consentement mutuel : la réforme !, AJ Famille 2017, p.109.

**INSTITUT DE RECHERCHE JURIDIQUE DE LA SORBONNE**

- *Chronique par le Département de recherche sur la justice et le procès*, JCP G, 2016, doct., 1296.

**- J -**

**JOLIVET E. (ss dir.),**

- *Chronique des sentences arbitrales*, JDI, n°1, janvier 2014, chron. 1.
- *Chronique des sentences arbitrales*, JDI, n°1, janvier 2015, chron. 1.

**- L -**

**LOQUIN E. et GUILLAUMÉ J.,**

- *Chronique des sentences arbitrales*, JDI 2016, janvier 2016, chron. 2.

- M -

**MACHARDIER F.,**

- *Interprétation du contrat, liberté contractuelle et renonciation à certains aspects du droit au juge*, CEDH, 1<sup>er</sup> mars 2016, n°41069/12, *Tabbane contre Suisse*, *Revue des contrats*, n°1, n°113y8, p.147.

- N -

**NOURISSAT C., BOICHE A., ESKENAZI D., MEIER-BOURDEAU A., THUAN dit DIEUDONNE G.,**

- *Plainte auprès de la Commission Européenne pour non-respect du droit de l'Union Européenne*, Violation par la France du droit de l'Union Européenne suite à la réforme du divorce entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2017.

- R -

**REMY B.,**

- *Chronique des sentences arbitrales*, JDI, n°1, janvier 2019, chron. 1.

- S -

**SERAGLINI Ch.,**

- *Le transfert de la clause compromissoire dans les chaînes de contrat après l'arrêt Peavey*, *Cah. Arb. Vol.*, I, p.87.

## V. Rapports, enquêtes et études

- 54<sup>ème</sup> assemblée de liaison des notaires de France, Paris, 1<sup>er</sup> – 3 décembre 2003, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n°3, 16 janvier 2004, étude 1014.
- *Rapport du Conseil d'Etat* relatif à l'extension de l'arbitrage pour les personnes morales de droit public, Doc. Fr., 2007 ; JCP A 2007, 2082 ; Rev. arb. 2007, p.651.
- *Le livre noir du ministère public*, proposition pour la Justice, Conférence nationale des procureurs de la République, juin 2017.

## VI. Recueil de Textes

### A°) Documents de la Conférence de La Haye de droit international privé

- *Conférence de la Haye de Droit international privé*, affaires générales et politiques, rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international, établi par le Bureau permanent, mars 2012, p.4 et 5.

### B°) Conventions de la Conférence de La Haye de droit international privé

- *Convention du 15 juin 1955* pour régler les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile.
- *Convention du 24 octobre 1956* sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants.
- *Convention du 15 avril 1958* concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants.
- *Convention du 5 octobre 1961* concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs.
- *Convention du 5 octobre 1961* sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires.
- *Convention du 5 octobre 1961* supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics



- étrangers.
- **Convention du 15 novembre 1965** concernant la compétence des autorités, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière d'adoption.
  - **Convention du 15 novembre 1965** relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale.
  - **Convention du 25 novembre 1965** sur les accords d'élection de for.
  - **Convention du 1<sup>er</sup> février 1971** sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale.
  - **Protocole additionnel du 1<sup>er</sup> février 1971** à la Convention de La Haye sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale.
  - **Convention du 1<sup>er</sup> juin 1970** sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps.
  - **Convention du 2 octobre 1973** sur l'administration internationale des successions.
  - **Convention du 2 octobre 1973** concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires.
  - **Convention du 2 octobre 1973** sur la loi applicable aux obligations alimentaires.
  - **Convention du 14 mars 1978** sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux.
  - **Convention du 14 mars 1978** sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages.
  - **Convention du 25 octobre 1980** sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.
  - **Convention du 25 octobre 1980** tendant à faciliter l'accès international à la justice.
  - **Convention du 1<sup>er</sup> juillet 1985** relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance.
  - **Convention du 1<sup>er</sup> août 1989** sur la loi applicable aux successions à cause de mort.
  - **Convention du 29 mai 1993** sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale.
  - **Convention du 19 octobre 1996** concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants.
  - **Convention du 13 janvier 2000** sur la protection internationale des adultes.
  - **Convention du 30 juin 2005** sur les accords d'élection de for.
  - **Convention du 23 novembre 2007** sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille.
  - **Protocole du 23 novembre 2007** sur la loi applicable aux obligations alimentaires.

## C°) Règlements de l'Union européenne

- **Règlement (CE) n°1347/2000** du Conseil du 29 mai 2000, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et de la responsabilité parentale des enfants communs.
- **Règlement (CE) n°44/2001** du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JOCE n° L 012 du 16/01/2001 p. 0001 – 0023.
- **Règlement (CE) n°2201/2003** du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale (Bruxelles II bis) abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000, JO L 338 du 23.12.2003, p. 1-29.
- **Règlement (CE) n°805/2004** du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées.
- **Règlement (CE) n°593/2008** du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).
- **Règlement (CE) n°4/2009** du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires (Aliments).
- **Règlement (UE) n°1259/2010** du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps (Rome III).
- **Règlement (UE) n°650/2012** du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matières de successions et à la création d'un certificat successoral européen (Successions).
- **Règlement (UE) n° 1215/2012** du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JOUE L 351 du 20.12.2012, p. 1-32.
- **Règlement (UE), n°1103/2016** du Cons. UE, 24 juin 2016, mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux.
- **Règlement (UE), n°1104/2016** du Cons. UE, 24 juin 2016, mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la

reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière des effets patrimoniaux des partenariats enregistrés.

- **Proposition de règlement de la Commission européenne du 30 juin 2016**, modifiant le règlement n°2201/2003/CE, *proposal for a council regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast)*.
- **Règlement européen (UE) du Conseil de l'Union européenne, n°2019/1111**, du 25 juin 2019, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants, JOUE L 178/1, 2 juillet 2019, (Bruxelles II bis refonte ou Bruxelles II ter).

## VII. Table des principaux arrêts

### A°) Jurisprudence française

#### 1. Cour de cassation

- **Cass., civ., 10 juillet 1843**, *Compagnie de l'Alliance contre Prunier*, S.1843.1.561, D.1843.1.343, Rev. arb. 1992.399.
- **Cass. civ., 28 février 1860**, *Bulkley*. GADIP, n°4.
- **Cass., Requête, 16 janvier 1861**, arrêt *Lizardi*. GADIP n°5.
- **Cass., 24 juin 1878 et 22 février 1882**, arrêts *Forgo*.
- **Cass. civ., 9 mai 1900**, *Prince de Wrède*. GADIP, n°10.
- **Cass., req., 9 mars 1910**, arrêt *Soulié*.
- **Cass., civ., 13 avril 1932**, arrêt *Château Chambord*. GADIP n°14.
- **Cass, ch. req., 4 juin 1935**, arrêt *Zelcer*. Rev. crit. DIP 1936, p.755, note S Basdevant.
- **Cass. civ., 7 mars 1938**, *De Marchi della Costa*. note BATIFFOL (H.), RCDIP, 1938, p. 472 ; GADIP, n° 16.
- **Cass., 25 mai 1948**, arrêt *Lautour*, pourvoi n° 37.414. Bull. civ. 1948, I, n°163.
- **Cass., com., 29 novembre 1950**, *Tissot c/ Neff*. Bull. civ. II, 1950.
- **Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 avril 1953**, *Rivière*, pourvoi n° 2.520. Bull. 1953, I, n° 121,
- **Cass, 22 juin 1955**, *Caraslanis*.

- *Cass., civ., 25 juin 1957*, arrêt *Silvia*. GADIP n°29.
- *Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 mai 1959*, *Bisbal*.note MALAURIE (Ph.).
- *Cass, civ., 19 octobre 1959*, *Pelassa*.

#### -1960-

- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 30 octobre 1962*, *Scheffel*.
- *Cass., civ 2<sup>ème</sup>., 25 janv. 1963*, JCP G. 1964, II, 13472, note P.L..
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 7 mai 1963* (sect.), arrêt *Gosset, Etablissements Gosset contre Carapelli*, Bull. 1963, I, n°246 p.208.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 7 janvier 1964*, *Munzer* ; GADIP, n°41.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 14 juin 1964*, *Office national Interprofessionnel des Céréales contre Capitaine du S/S San Carlo*. Bull. civ. 1964, I, n°188.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 17 novembre 1964*, Bull. 1964, I, n° 505 .
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 23 février 1965*, Bull. 1965, I., n°148.
- *Cass., civ. 2<sup>ème</sup>, 20 décembre 1965*. Bull. civ. II, n°1056 ; Rev. arb. 1966. 16.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 2 mai 1966*, n°61-12.255, *Trésor public contre Galakis*. Bull. civ. 1966, I, n°256.
- *Cass., civ., 22 novembre 1966*, Bull n°517,

#### -1970-

- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 18 mai 1971*, *Sté Impex c./ P.A.Z. et a.*. Rev. arb., 1972, p.2, note KAHN P., JDI 1972, p.62, note OPPETIT B.
- *Cass., civ. 2<sup>ème</sup>, 7 juillet 1971*. JCP G 1971, II, 16898, note LEVEL P..
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 4 juillet 1972*. n°70-14163, arrêt *Hecht contre Société Buisman's*, Bull.civ. I, n°175, p.154.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 5 juin 1973*, n° 72-10.870. Juris Data n°1973-000192, Bull. civ. 1973, I, n°192.
- *Cass., civ. 2<sup>ème</sup>, 7 novembre 1974*, n°73-12.190. JurisData n°1974-099287 ; Rev. arb.1975, p.302, note LOQUIN E..

- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 31 janvier 1978*, pourvoi n°75-13.011. Bull. 1978, I.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 30 janvier 1979*, pourvoi n° 78-11.568. Bull. 1979, I, n° 37.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 12 juillet 1979*.

**-1980-**

- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 3 janvier 1980, Bendedouche*. pourvoi n°78-13. 762, Bull. 180, I, n°4.  
*Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 février 1985, Simitch*.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 6 janvier 1987*, n°84-17.274. Bull.1987, I, n°2, p.1.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 12 mai 1987*, pourvoi n° 84-14.472. Bull. 1987, I, n° 150, JDI 1988, p. 101.
- *Cass., civ. 2<sup>ème</sup>, 7 octobre 1987, Société Opinter France c/ S.A.R.L. Dacomex*, n°85-11.855. Rev. arb. 1987, p.479, note MEZGER E..
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 15 mars 1988*, de Saintecatherine c. Procureur général de Limoges, pourvoi n°85-17.162. Bull 1988, I, n°78, D. 1988. 549, note MASSIP J., JCP 1989, II, 21347, note AGOSTINI.
- *Cass., civ. 2<sup>ème</sup>, 15 juin 1988*, pourvoi n°86-15.476, Bull. 1988, II, n°146, p.78.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 6 juillet 1988*, pourvoi n°85-12.743. RCDIP 1989, p. 71.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 6 décembre 1988, Navimpex*, pourvoi n°86-14396. Bulletin 1988, I, n°343, p.233.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 11 octobre 1989, Bomar Oil NV*, pourvoi n°87-15094. Bull. 1989, I, n°314, p.209, Rev. arb. 1990.134, note KESSEDJIAN C. ; JDI 1990.633, note LOQUIN E..

**-1990-**

- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mars 1990*, pourvoi n°88-15.150, Bull. 1990, I, n°62, p.46, D.1997, p.477, note MASSIP J..

- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 5 février 1991*, pourvoi n°89-14.382. Bull. 1991, I, n°44, p.28.
- *Cass., civ. 2<sup>ème</sup>, 13 mai 1991*, pourvoi n°89-20.629.
- *Cass., Ass. plén., 31 mai 1991*, pourvoi n° 90-20.105, Bull. 1991, Ass. plén., n°4.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 11 juin 1991*, pourvoi n°89-20878, Bull. 1991, I, n°196, p.129.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 7 janv. 1992*. Rev. arb. 1992, p.470, note BELLET P., RTD com. 1992, p.796, obs. LOQUIN E., JDI 1992, p.712, note JARROSSON Ch.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 16 juillet 1992*, pourvoi n° 91-11.262. Bull. civ. I, n°229, Defrénois 1993, art. 35484, n°2, obs. J. Massip ; Rev. crit. DIP 1993.269, note Courbe P..
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 25 mai 1992, Fougerolle c/ Procofrance*, Rev. arb. 1993.3s3, comm. De BOISSESON M., JDI 1992.974, note LOQUIN E., Rev. crit. DIP 1992.699, note OPPETIT B..
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 2 décembre 1992*, pourvoi n° 90-21.448. Bull. 1992, I, n° 296.
- *Cass., ass. plén., 11 décembre 1992*, pourvoi n° 91-11.900 et pourvoi n° 91-12.373.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, le 10 février 1993*, pourvoi n° 89-21.997. Bull. 1993, I, n°64.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 9 novembre 1993*, n°91-15.194, *Bomar Oil c/ E.T.A.P.*, Bull civ. 1993, I, n°313, Rev. arb. 1994.108, note KESSEDJIAN C., JDI 1994.690 (1<sup>ère</sup> esp.), note LOQUIN E.
- *Cass., civ 1<sup>ère</sup>, 20 Décembre 1993*, n°91-16.828, *Comité populaire de la municipalité de Khoms El Mergeb contre Dalico Contractors*, Bull. 1993, I, n°372, p.258, JDI 1994, p.432, note GAILLARD E., Rev. arb. 1994.116 note GAUDEMET-TALLON H., Rev. crit. DIP 1994.663, note MAYER P., JDI 1994.690, note LOQUIN E., JurisData n°1993-00254.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 6 avril 1994*, Rev. arb. 1995.263, note LEVEL P..
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 7 novembre 1995*, pourvoi n° 94-10.447, Bull. 1995, I, n° 391.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 5 novembre 1996*.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mai 1997, Hannover International*.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 21 mai 1997*, n°95-11.428, *Philippe Renault contre Sociétés V 2000 et Project XJ 220 Ltd*, Rev. arb. 1997.537, note GAILLARD E., JDI 1998.969 (1<sup>ère</sup> esp.), note POILLOT-PERUZZETTO S..
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 1er juillet 1997, Uni-Europe*.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 7 octobre 1997*, arrêt *Canovas Gutierrez*, Rev. crit. DIP 1998.72, note HAMMJE P..

- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juin 1999, Sté Sonopra c. Sté Adeossi et fils*, Bull. civ., I, n°190.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 5 janvier 1999*, n°96-21.430, *M. Zanzi ès qualité de curateur de la société Tripcovitch c. Coninck et al.*, Bull. civ., I, 1999, n°2.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 19 octobre 1999*, pourvoi n°97-13.253, non publié au Bulletin, rev. arb. 2000.85, note COHEN D..

**-2000-**

- *Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 février 2000, Sté Taurus Films et autres contre Sté Films du jeudi*, n°95-14330, Bull. civ. I, n°36, Rev. crit. DIP 2000, p.763.
- *Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 fév. 2000*, n°97-19.920 : Defrénois 2000, art 37242, n°79, obs. G. CHAMPENOIS ; RTD civ. 2001, p.420, obs. B. VAREILLE ; Rev. arb. 2002, p.661, note H. Lécuyer.
- *Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 mars 2000*, Rev. arb. 2000.447, 1<sup>ère</sup> esp., note LACABARATS A.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 21 mars 2000, affaire Verhoeft*, pourvoi n°98-11799.
- *Cass., civ. 2<sup>ème</sup>, 11 mai 2000*, Rev. arb. 2000.635, note E. TAY PAMART.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 6 juillet 2000, Sté Creighton c. Ministre des finances de l'Etat du Qatar et autre*, Bull. civ., I, n°207.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 6 février 2001, Peavey Company c. Organisme général des fourrages et autres*, Bull. civ., I, n°22.
- *Cass., civ. 2<sup>ème</sup>, 18 octobre 2001*, Rev. arb. 2002.157, note PINSOLLE Ph..
- *Cass. Civ., 1<sup>ère</sup>, 19 mars 2002*, n°99-19.878, JDI (Clunet), janvier 2003, n° 1, 100009, p. 139, note LOQUIN E..
- *Cass., civ. 2<sup>ème</sup>, 28 mars 2002, Middle East Agricultural & Trading Cy Ltd c. Sté Avicola Bucuresti*.
- *Cass., com., 9 avril 2002*, n°98-16.829 P.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 28 mai 2002, Sté Burkinabé des Ciments et Matériaux c. Sté des Ciments d'Abidjan*, Bull. civ., I, n°146.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 18 septembre 2002*, pourvoi n° 99-19.294.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 14 janvier 2003*, n°00-19.833.

- *Cass., ch. mixte, 14 fév. 2003*, n°00-19.423, arrêt dit de la Saint-Valentin, JurisData n°2003-017812.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 9 décembre 2003*, pourvoi n° 01-17.136, Bull. 2003, I, n° 249.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 17 février 2004*, pourvoi n° 01-11.549, Bull. 2004, I, n° 47 et pourvoi n° 02-11.618, Bull. 2004, I, n° 48.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 25 mars 2004*, pourvoi n°04-60.134, n°646 FS-P+B, Bull. civ., II, n°144.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 30 mars 2004, n°02-12.259*, P : D. 2004. 2458, note Najjar.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 30 mars 2004*, pourvoi n°01-14.311, *sté Uni-Kod c. Sté Ouralkali*, Bull. civ., I, n°95 p.76.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 29 octobre 2004*, pourvoi n°03-11.238, arrêt n°519.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> février 2005, Etat d'Israël c. sté National Iranian Oil Company (NIOC)*, n°s 02-15.237 et 01-13.742, Bull. civ I, n°53.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 8 mars 2005*, n°02-17.578, Rev. arb. 2005, p.1050, obs. JARROSSON Ch..
- *Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 juillet 2005, Golshani*, Rev. arb. 2005.994, note PINSOLLE Ph..
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 6 juillet 2005*, Rev. arb. 2006.429, note PIC P..
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 25 octobre 2005*, pourvoi n° 03-20.845, Bull. 2005, I, n° 379.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 25 octobre 2005*, pourvoi n°02-13.252, D. 2005.3052 et 3060.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 22 novembre 2005, Cie d'ass. AXA Corporate Solutions et a.C. Nemesis Shipping*, Bull., civ., I, n°420.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 7 décembre 2005*, pourvois n° 02-15 418 et 03-10 316.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 14 décembre 2005*, pourvoi n°05-10.951, *arrêt n° 1880*.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 14 mars 2006*, pourvoi n° 04-17.254.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 10 mai 2006*, pourvoi n° 05-10.299, Bull. 2006, I, n° 226, D. 2006, p. 2890, note G. Kessler et G. Salamé.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 10 mai 2006*, pourvoi n° 04-19.444, Bull. 2006, I, n°225.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 7 juin 2006*, n°03-12.034, *Copropriété maritime Jules Verne et autres contre Sté American bureau of Shipping et autres*, Bull. civ., 2006, I, n°288.



- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 14 novembre 2006*, pourvoi n°05-12.395, Bull. 2006, I, n°468, p.403.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 23 janvier 2007*, *Sté Levantina de Hydraulica y Motores c. Scala et autres*, Rev. arb., 2007.279, obs. PIC P..
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 20 février 2007*, pourvoi n° 05-14.082, Bull. 2007, I, n° 68.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 13 mars 2007*, arrêt *Société Chefaro International BV*, n°04-10.970, Bull. 2007, I, n°102.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 27 mars 2007*, pourvoi n°04-20.842 (arrêt n°513), *Alcatel, Bull civ.*, 2007, I, n°129.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 22 mai 2007*, Bull. Civ., I, n°199, pourvoi n°06-12687.
- *Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 juin 2007*, *Sté PT Putrabali Adyamulia c. sté Rena Holding et sté Mnogutia Est Epices* (2 esp.).
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juillet 2007*, pourvoi n° 06-19.083.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 19 septembre 2007*, pourvoi n° 06-19.577.
- *Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 octobre 2007*, pourvoi n° 06-21.962.
- *Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 octobre 2007*, pourvoi n° 06-20.799.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 6 février 2008*, pourvoi n° 06-21.870.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 20 février 2008*, pourvoi n° 07-14.469.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 28 mai 2008*, Rev. arb. 2008.691, note BUREAU D..
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 4 juin 2008*, pourvoi n°06-15.320.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 8 avril 2009*, pourvoi n°08-14.255, arrêt n°458 F-D, *Société Wolfisheim Distribution contre Société ATAC*.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 11 mars 2009*, n°08-13431.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 11 mars 2009*, n°08-13.431.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 8 avr. 2009*, n° 08-14.255, S. c/ S..
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juillet 2009*, *Soerni*, pourvoi n°08-16.025.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 4 novembre 2009*, pourvoi n° 08-20.355.
- *Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 novembre 2009*, pourvoi n°08-20.574.

**-2010-**

- *Cass., Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juillet 2010*, pourvoi n°08-21.740.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 20 octobre 2010*, arrêts *Marcel Batard contre Société Prodim et Société Somoclest contre Société DV Construction*.
- *Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 novembre 2010*, pourvoi n° 09-15.302.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 15 décembre 2010*, pourvoi n°09-10.439.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 15 décembre 2010*, n°09-16.943 (n°1163 F-P+B+I).

**-2011-**

- *Cass., civ. Ire, 12 janv. 2011*, n° 09-71.540.
- *Cass., civIre., 12 janv. 2011*, n° 10-10.216, F P+B+I.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 26 janvier 2011*, arrêt INSERM, pourvoi n°09-10.198.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 9 mars 2011*, pourvoi n° 10-13.758.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 6 avril 2011*, pourvoi n° 09-17.130, Bull. 2011, I, n° 70 ; pourvoi n° 09-66.486, Bull. 2011, I, n° 71 et pourvoi n° 10-19.053, Bull. 2011, I, n° 72.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 26 octobre 2011*, pourvoi n° 09-71.369, Bull. 2011, I, no 182.

**-2012-**

- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 21 novembre 2012*, n°10-17365 et 10-30845, PB Mme Y, PA 30 janvier 2013, n°22.
- *Cass., civ. 2<sup>ème</sup>, 29 nov. 2012*, n° 11-27.195, JurisData n° 2012-027462, note DEVERS A., *Kafala et allocation de base de la prestation d'accueil du jeune enfant*, Rev. Droit de la Famille, LexisNexis, février 2013, Comm. 34.

**-2013-**

- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mars 2013*, n°11-26728, Bulletin 2013, I, n° 36.
- *Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 septembre 2013*, JCP 2013. 1098, note MOURALIS D., Procédures nov. 2013.310, obs. WEILLER L., Rev. arb., 2014, note DEBOURG Cl.
- *Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 septembre 2013*, pourvoi n° 12-30.138.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 20 novembre 2013*, n°12-25.266 P : D. 2013.2785.

**-2014-**

- *Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 janvier 2014*, pourvoi n°12-28.435 et 13-15.950.
- *Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 mars 2014*, pourvoi n°13-50.005.
- *Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 septembre 2014*, pourvoi n°13-21751.
- *Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 22 octobre 2014*, n°13-24945.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 18 décembre 2014*, n°14-11.085, F-P+B, *Sté VR Services contre Sté Dukan de Nitya*.

**-2015-**

- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 14 janvier 2015*, n°13-20.350.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 28 janvier 2015*, pourvoi n°13-24.626, Rev. arb. 2015.278.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 28 janvier 2015*, n°13-27.603.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 28 janvier 2015*, n°14-11.273.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 28 janvier 2015*, n°31-50.059.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 4 mars 2015*, n°14-19015.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 18 mars 2015*, n°13-22.391.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 18 mars 2015*, n°14-13.336, FS-P+B, *Sté Mariott International Hotels Inc contre Fakhri et a.*
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 18 mars 2015*, n°14-11392.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> avril 2015*, n°14-14.552, F-P+B, T..

- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> avril 2015*, n°14-13.202, F-P+B, *Teman contre Maarek*.
- *Cass., com., 5 mai 2015*, n°14-16.644, *Société Pierre et Vacances contre Société IMI holding*.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 13 mai 2015*, n°13-17.751, FS-P+B+R, *Commissions Import Export (Commisimpex) contre République du Congo*.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 13 mai 2015*, n°14-17.015, FS-P+B+I, *Ehrmann contre Billon*.
- *Cass., ass. plen., 3 juillet 2015*, n°14.21-323 et 15-50.002
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juillet 2015*, pourvoi n°14-17880.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juillet 2015*, n° 13-25.846, FS-P+B+R+I, *Société Ryanair Ltd c/ Syndicat mixte des aéroports de Charente (SMAC)*, Bull., 2016, n°834.
- *Cour de Cassation, 1<sup>ère</sup> civ., 8, juillet 2015*, pourvoi n°14-17880.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 7 octobre 2015* pourvoi n°14-14702 et pourvoi n°14-20144.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 21 octobre 2015*, n°14-24.270.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 4 novembre 2015*, n°14-11.881.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 4 novembre 2015*, n°14-22 630 (n°1206 F-P+B), affaire Vasarely.

**-2016-**

- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 24 février 2016*, pourvoi n°15-14.886, note DEVERS A., *Les pouvoirs du juge conciliateur s'agissant des intérêts patrimoniaux des époux*, Droit de la famille n°4, 1<sup>er</sup> avril 2016, p.40-41.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 16 mars 2016*, pourvoi n°15-14-365, note DEVERS A., *Office du juge français en présence de droits indisponibles*, Droit de la famille n°5, 1<sup>er</sup> mai 2016, p. 67.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 30 juin 2016*, affaire Adidas, n°15-13.755 (n°932 FS-PBI), *Société Groupe Bernard Tapis contre Société CDR créances*.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 5 octobre 2016*, pourvoi n° 15-25944.
- *Cour de cassation 7 décembre 2016*, arrêt n°1446, pourvoi n°16-21.760.

**-2017-**

- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 4 janvier 2017*, pourvoi n°15-28474.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 8 mars 2017*, n°15-26664.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 20 avr. 2017*, n° 16-16.983.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 4 mai 2017*, n°16-17.358, FD, *Soc. Route de Magny contre Soc. Coredif*.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> juin 2017*, n°16-13.441, P+B+1.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 5 juillet 2017*, quatre arrêts, n°16-16.455, P+B+R+1, n°16-16.901 et 16-50.025, P+B+R+1, n°15-28.597, P+B+R+1, n°16-16.495, P+B+R+1.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 27 septembre 2017*, n°16-13.151 et n°16-17.198, FS-P+B+R+I.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 16 novembre 2017*, n°17-24072.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 13 décembre 2017*, pourvoi n°16-22.131, arrêt n°1289 FS-P+B.

**-2018-**

- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 28 mars 2018*, n°15-16.909, *Michel V. contre JF. M. et autres*.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 5 septembre 2018*, n°17-21.140, F-P+B.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 3 octobre 2018*, n°17-23.627, F-P+B.

**-2019-**

- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 15 janvier 2019*, n°18-25.574.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 17 janvier 2019*, n°18-23.849, FS-P+B.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 20 mars 2019*, pourvoi n°18-11.490, P+B.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 20 mars 2019*, pourvoi n°18-50.005, P+B.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 29 mai 2019*, n°18-13.383.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 13 juin 2019*, 18-19.100.
- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 3 octobre 2019*, pourvoi n°18-15.756.

**-2020-**

- *Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 30 septembre 2020*, pourvoir n°18-19.241, arrêt n°556.

2. *Conseil d'Etat*

- *C.E., 19 avril 2013, Syndicat mixte des aéroports de Charente contre Société Ryanair et a.*, Rev. arb 2013, p.761, note LAAZOUZI M.
- *Conseil d'Etat, 31 mai 2016*, n°396848.

3. *Conseil Constitutionnel*

- *C.C., 9 novembre 1999*, DC 99-419.
- *C.C., 2 décembre 2004*, DC 2005-506.
- *C.C., 1<sup>er</sup> juin 2011*, arrêts n<sup>os</sup> 628 et 629.
- *C.C., 17 novembre 2016*, DC 2016-739.
- *C.C., 29 décembre 2016*, DC n°2016-744.
- *C.C., 12 juin 2018*, décision n°2018-765 DC.

4. *Juridictions du fond*

**COUR D'APPEL**

**-1810 à 1979-**

- *Cour de Paris, 13 juin 1814, Busqueta* ; GADIP, n°1.
- *CA de PARIS, 10 avril 1957, Myrtoon Steamship*, JCP. G. 1957, II, 10078, note MOTULSKY H. ; JDI 1958, p.1002, note GOLDMAN B.
- *CA COLMAR, 29 novembre 1968, Sté Impex c. P.A.Z. et a*, JCP G 1970, II, 16246 ; Rev. arb. 1968, p.149, note LEVEL P., OPPETIT B..
- *CA PARIS 13 décembre 1975*, JurisData n°1975-645164, Rev. crit. DIP 1976, note OPPETIT B., JDI 1977, p.106, note LOQUIN E, Rev. arb. 1977.147, note FOUCHARD

Ph..

**-1980-**

- *CA PARIS, 5 février 1980*, Rev. arb. 1980.519.
- *CA PARIS, 10 mars 1981*, Rev. ar. 1982.214, note MEZGER.
- *CA d'AIX-EN-PROVENCE, 2<sup>ème</sup> ch. civ., 14 septembre 1982*, *Société Savarex c/ Société Riviera Plant Company*, Rev. arb. 1983, 327, note BERNARD.
- *CA PARIS, 18 janvier 1983*, Rev. arb. 1983.87, note Mayer P..
- *CA PARIS, 12 juillet 1984*, *République arabe d'Egypte c. Southern Pacific Properties Ltd*, 1985.
- *CA PARIS, 9 décembre 1984*, JDI 1986, p.1039, note LOQUIN E..
- *CA PARIS, 10 novembre 1987*, Rev. arb. 1989.669, note BOUSQUET A.- D..
- *CA PARIS, 28 janvier 1988*, JDI 1989.1021, note LOQUIN E..
- *CA PARIS, 1<sup>ère</sup> ch., 30 novembre 1988*, n°06-20561, *société Korsnas Marma contre société Durand-Auzias*, Revue de l'arbitrage 1989, p.691, note TSCHANZ P.- Y..
- *CA PARIS, 14 mars 1989*, Rev. arb. 1991, p.355, obs. MOITRY et VERGNE ; RTD com. 1991, p.579, obs. J.- C. DUBARRY et E. LOQUIN.
- *CA PARIS, 1<sup>ère</sup> ch. Suppl., 12 décembre 1989*, Rev. arb. 1990.863, note LEVEL P..

**-1990-**

- *CA PARIS, 1<sup>ère</sup> ch. suppl., 29 mars 1991*, Rev. arb. 1991, 478, note L. Idot, arrêt *Ganz*.
- *CA PARIS, 9 avril 1992*, *Annahold BV et D. Frydman contre l'Oréal*.
- *CA PARIS, 13 novembre 1992*, Rev. arb. 1993.632, note GOUTAL J.- L..
- *CA PARIS, 1<sup>ère</sup> ch. A., 19 mai 1993*, *Sté Labinal S.A. c. Mors et Westland Aerospace*.
- *CA PARIS, 1<sup>ère</sup> ch. urg., 25 mars 1994*, rev. arb. 1994, 391, note Ch. Jarrosson..
- *CA PARIS, 13 juin 1996*, Rev. arb. 1997.251.
- *CA PARIS, 6 février 1997*, Rev. arb. 1997.556.
- *CA PARIS, 28 octobre 1997*, Rev. arb. 1998.399.

**-2000-**

- *CA PARIS, 29 mars 2001, Carthago Films contre Babel Productions.*
- *CA PARIS, 1<sup>ère</sup> ch. C., 14 juin 2001*, rev. arb. 2001.773, note SERAGLINI Ch..
- *CA PARIS, 17 janvier 2002*, Rev. arb., 2002.391, note RACINE J.- B..
- *CA PARIS, 11 avril 2002*, Rev. arb. 2002, p.781.
- *CA PARIS, 4 octobre 2002*, JCP G 2003, I, 105, n°12, obs. ORTSCHIEDT J., Rev. arb. 2003, 143, note BENSAUDE.
- *CA PARIS, 16 janvier 2003*, Rev. arb. 2004.369, note JAEGER L..
- *CA PARIS, 19 février 2004*, Rev. arb.2004.859, 4<sup>e</sup> esp., note JAEGER L..
- *CA PARIS, 1<sup>ère</sup> ch., section C, 17 juin 2004, Michel LP, Association Miss Francophonie/Miss France, comité Miss France.*
- *CA PARIS, ch. 1, sect. C, 18 novembre 2004, arrêt Thalès.*
- *CA PARIS, 10 mai 2007*, Rev. arb. 2007. 825.
- *CA PARIS, 10 décembre 2009*, Rev. arb. 2010.329, note DUPREY P..

**-2010-**

- *CA PARIS 11 mai 2010 et 9 juin 2011.*
- *CA Rennes, 15 janvier 2013*, n° de RG 11/01/01909.
- *CA Paris, P. 4, 1<sup>ère</sup> ch., 27 mai 2014*, n°12/18165, *Affaire Xavier Huertas c/ André Vasarely et consorts.*
- *CA PARIS, pôle 1, 1<sup>ère</sup> ch., 17 février 2015*, n°13/13278.
- *CA RENNES, 6<sup>ème</sup> ch., A, 17 mars 2015*, n°14-05460.
- *CA PARIS, pôle 1, ch. 1, 31 mars 2015*, n°14-05436, *Banque Delubac et Cie c/ X.*
- *CA LYON, 2<sup>ème</sup> ch. B., 20 juin 2017*, n°RG : 15/02667.
- *CA PARIS, pôle 3, 3<sup>ème</sup> ch., 22 juin 2017*, n°RG : 15/11464 .
- *CA MONTPELLIER, 14 novembre 2018.*



## **COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL**

- *CAA Bordeaux, 12 juillet 20 : 16*, n°13BX02331, 1<sup>ère</sup> et 2<sup>ème</sup> ch., Syndicat mixte des aéroports de Charente (SMAC).

## **TRIBUNAL JUDICIAIRE (anciennement tribunal d'instance ou tribunal de grande instance) :**

- *TGI PARIS, 12 juillet 1989* (ordonnance), *Sté La Belle Créole c/ Sté The Gemtel Partnership*.
- *TGI PARIS, 22 octobre 1989*.
- *TGI NANTES, 23 mai 2019*.

## **TRIBUNAL CIVIL**

- Trib. Civ. Papeete, 7 mars 1975.

### *4. Tribunal des Conflits*

## **TRIBUNAL DES CONFLITS**

- *T. confl., 17 mai 2010, n°C3754*, *Institut national de la santé et de la recherche médicale (INSERM) c/ Fondation Letten F. Saugstad*.

### *B°) Jurisprudence étrangère*

## **BELGIQUE**

- *Cass., le 15 octobre 2004*, décision n°C020216N, *COLVI contre INTERDICA*.
- *Cour constitutionnelle*, arrêt n°19/2019 du 7 février 2019, numéro du rôle : 6794.

## **CANADA**

- *CA de l'Alberta, 5 juillet 2013*, *D.W.H. v. D.J.R.*, 2013 ABCA 240.

## ETATS-UNIS

- *Cour suprême de New Jersey, 1<sup>er</sup> juillet 2009*, 973 A.2d 347 (2009), 199 N.J. 456, *Fawzy contre Fawzy*.

## LETTONIE

- *Constitutional Court of Latvia (Satversmes tiesa) 28 novembre 2014 in case N°. 2014-09-01*.

## ROYAUME-UNI

- *Court of Appeal, du 25 au 28 janvier 1993*, Harbour Assurance Co. (UK) Ltd. V. Kansa General International Insurance Co. Ltd., 1993, 1 Lloyd's Rep.455.

## SUISSE

- *Tribunal fédéral, 23 juin 1992*, 118 II 353, arrêt de la 1<sup>ère</sup> Cour civile, *Fincantieri-Cantieri Navali Italiani S.p.A. et Oto Melara S.P.A. contre M. et Tribunal arbitral*.
- *Tribunal fédéral, 13 juillet 2012*, 5A\_479/2012, IIème Cour de droit civil.

### C°) Jurisprudence internationale

#### 1. Cour de Justice de l'Union européenne (ancienne Cour de justice des communautés européennes)

- *CJCE, 17 février 1977*, aff. C-76/76, *Di Paolo*.
- *CJCE, 14 juillet 1988*, affaire C-284/87, *Schaflein c. Commission*.

- *CJCE, 23 avril 1991*, aff. C-297/89, *Ryborg*, arrêt T-63/91 du 10 juillet 1992, *Benzler contre Commission*.
- *CJCE, 25 juillet 1991*, affaire C-190/89, *Marc Rich*, Rec. CJCE 1991, I, p.3855.
- *CJCE, 2 octobre 2003*, arrêt *Garcia Avello*.
- *CJCE, gde ch., 1<sup>er</sup> avril 2008*, *Maruko*, JCP 2008, II, 10143, note DEVERS A. et VIANGELLI F., adde S.H. c/ Autriche, 3 nov. 2011.
- *CJCE, 11 septembre 2008*, affaire C-11/07, *Eckelkam*, rec. I-6845.
- *CJCE, 14 octobre 2008*, arrêt *Grunkin-Paul*.
- *CJCE, 10 février 2009*, affaire C-185/07, *West Tankers*.
- *CJCE, 15 octobre 2009*, aff. C-35/08, *Busley et Fernandez*, Rec. I-9807.
- *CJCE 10 février 2009*, affaire C-185/07, *Allianz Spa contre West Tanker*.
- *CJUE, gr. Ch., 13 mai 2015*, aff. C-536/13, *Gazprom*.
- *CJUE, , Affaire T-694/15, Micula*, JOUE C 38, 1<sup>er</sup> février 2016, p.69.
- *CJUE Affaire T-704/15 Micula* JOUE C 68, 22 février 2016, p.30.
- *CJUE, 26 mars 2019*, n°C-129/18 – *SM c/ Entry Clearance Officer, Uk visa Section*.

## 2. Cour européenne des droits de l'Homme

- *Cour EDH, 23 mars 1995*, *Loizidou contre Turquie*.
- *Cour EDH, 23 sept. 1998*, n°25599/94, *A. c/ Royaume-Uni*.
- *Cour EDH, 1<sup>er</sup> février 2000*, affaire *Mazurek*.
- *Cour EDH 10 mai 2001*, n°29392/95, *Z et a. C/ Royaume-Uni*.
- *Cour EDH, 8 novembre 2005*, *D.D. c. France*, n°3/02.
- *Cour EDH, 5 janvier 2010*, *Frasik c/ Pologne*.
- *Cour EDH, 24 juin 2010*, n°30141/04, *Schalk et Kopf c/ Autriche*.
- *Cour EDH, 12 février 2013*, n°29617/07, *Vojnity c/ Hongrie*.
- *Cour EDH, 5 décembre 2013*, n°32265/10, arrêt *Henry Kismoun contre France*.
- *Cour EDH, 5<sup>ème</sup> sect., 26 juin 2014*, n°65041/11, *Labassée c/ France*.
- *Cour EDH, 5<sup>ème</sup> sect., 26 juin 2014*, n°65192/11, *Menesson c/ France*.
- *Cour EDH, 2<sup>ème</sup> sect., 10 mars 2015*, n°14793/08, *Y.Y c/ Turquie*.

- *Cour EDH, 22 novembre 2016*, n°8923/12, *Andrzej PIOTROWSKI contre Pologne*.
- *Cour EDH, 10 janvier 2017*, n°1955/10, *BABIARZ contre Pologne*.
- *Cour EDH, 6 avril 2017*, n°79885/12, 52596/13.
- *Cour EDH, 23 mai 2017*, n°49645, *Balsan c/ Roumanie*.
- *Cour EDH, 3 octobre 2017*, *D.M.D. c/ Roumanie*, n°23022/13.
- *Cour EDH, 26 octobre 2017*, n°28475/12, *Ratzenböck et Seydl c/ Autriche*.
- *Cour EDH, 22 mars 2018*, n°68125/14 et n°11308/16.
- *Cour EDH, le 11 octobre 2018*, arrêt n° 55216/08, *S.V. c. Italie*.
- *Cour EDH*, requête n°57307/18, affaire DALLEAU.

#### *VIII. Cour de réexamen*

- *Cour de réexamen, 16 février 2018*, n°17 RH 001 et n°17 RH 002, deux arrêts.

#### *IV. Sentences arbitrales*

- Sentence du 9 octobre 1998, JDI 2001, p.270, note SIMON G..
- Sentence du 22 juillet 1998, JDI 2002, p.319, obs. HASCHER D..
- Sentence du 6 juillet 2004, JDI 2005, p.1301, note HASCHER D..



# Index alphabétique

## - A -

**arbitrabilité**, 84, 98, 148, 181, 195, 206, 217, 220, 228, 279, 280, 299, 302, 303, 305, 342, 368  
arbitrabilité objective, 107  
arbitrabilité subjective, 107  
critères, 37  
définition, 37

### **arbitrage**

ad hoc, 26  
définition, 19  
institutionnel, 26  
justice privée, 20, 21  
sources, 30, 32  
arbitre, 233  
désignation, 238  
dessaisissement, 310  
mission juridictionnelle, 22  
qualités, 233, 234, 235

**Autonomie**, 282

### **autorité parentale**, 125, 176

droit de visite, 127  
gestion des biens du mineur, 127  
statut du beau-parent, 132

## - C -

capacité, 160, 168

**Capacité**, 278

**Chose contractée**, 307

**chose exécutoire**, 307

**chose jugée**, 307

autorité, 308

**clause compromissoire**, 271, 313

commercialité, 80, 81, 87, 88, 89, 90, 93, 217

**compromis**, 266

**conciliation**, 27

contractualisation, 22, 268

convention d'arbitrage, 266

convention d'arbitrage

définition, 266

effets, 286

méthode, 267

Convention d'arbitrage

autonomie, 285

**conventionnalisation**, 170

## - D -

divorce, 144, 177

**Domicile**, 168

**droits extrapatrimoniaux**, 190

**droits patrimoniaux**, 190

## - E -

**Exequatur**, 315

**expertise**, 29

## - F -

**famille**, 12

concept introuvable, 16

définition, **13**  
fonction, **16**  
sentiments, **16, 17**  
universelle, **12**

**filiation, 113, 169, 185**

établissement, **114**  
gestation pour autrui, **121**  
indisponibilité, **117, 119**  
ordre public, **118, 119**  
pluriparentalité, **115**

**- I -**

*imperium, 23, 30*

imperium merum, **23**  
imperium mixtum, **23**  
imperium summum, **23**

*in favorem arbitrandum, 182*

*in favorem validitatis, 84*

indisponibilité, **21, 25, 37, 61, 71, 72, 78, 103, 118, 128, 140, 144, 157, 166, 169, 170, 187, 193, 194, 195, 196, 205, 206**

**intérêt de l'enfant, 129**

internationalité, **21, 38, 39, 40, 42, 59, 60, 61, 67, 75, 77, 78, 79, 81, 83, 85, 86, 88, 95, 98, 99, 100, 102, 206, 240, 285**

commerce international, **80**

critère, **94**

critère de commercialité, **80**

critère économique, **80**

définition, **80**

système dualiste, **96**

système moniste, **96**

Internationalité, **97**

**- J -**

*juge d'appui, 223*

juge d'appui

compétence internationale, **223**

mission, **227, 228, 229**

recours (non), **226**

saisine, **225**

**juge étatique, 23**

*juridictio, 30*

**- L -**

**l'arbitrabilité, 37**

**l'indisponibilité, 71**

l'intérêt de l'enfant, **109**

**l'internationalité, 78**

le principe de compétence-compétence

définition, **216**

effet négatif, **218**

le principe de l'indisponibilité

l'état des personnes, **109**

**Lex contractus, 258**

**lex fori, 258**

**Lex matrimonio proprietad, 258**

*lex mercatoria, 256, 259, 332*

**lex religionis, 260**

**Lex religionis, 259**

l'intérêt de l'enfant

définition, **111**

notion, **109**

**litige, 277**

définition, **20**

**Lois de police, 262**

**- M -**

**médiation, 28**

**- N -**

**Nom et prénom, 166**

- O -

obligations alimentaires, **157, 177, 279**  
**ordre public, 136**  
définition, **136, 137**  
en matière internationale, **170, 172, 262, 332**

- P -

**principe de « compétence-compétence, 215**  
principe de l'indisponibilité, **109**  
principe de l'indisponibilité  
principe essentiel, **109**  
principe du contradictoire, **332**  
**procédure participative, 29**

- R -

reconnaissance, **315**  
**résidence, 168**  
**résidence habituelle, 134**

- S -

sentence arbitrale, **297**  
définition, **297**  
effets, **307**  
fond, **305**  
forme, **304**  
notification, **306**  
opposabilité, **309**  
**sexe, 167**  
successions, **150**

- T -

**transaction, 29**  
tribunal arbitral, **230**  
droit applicable, **246**  
instance, **239**  
irrégularité, **322, 329**  
règlements européens, **247**

- V -

voie de recours, **317**  
voies de recours, **94, 314**  
nullité, **322**  
recours en annulation, **321**



# **Table des matières**

Remerciements .....	3
Sommaire.....	4
Principales abréviations.....	5
Locutions latines.....	9
Introduction .....	11
PREMIERE PARTIE .....	35
L'ARBITRABILITE DES LITIGES FAMILIAUX INTERNATIONAUX .....	35
Titre I - Critères de l'internationalité, un allié de l'arbitrabilité .....	40
Chapitre 1 - De l'arbitrage interne à l'arbitrage international.....	42
Section I - Aperçu de l'évolution historique de l'arbitrage interne.....	43
§ 1. L'Antiquité.....	44
§ 2. La Révolution française .....	47
Section II - Aperçu de l'évolution législative interne favorable à un arbitrage familial international.....	53
§ 1. Déjudiciarisation en matières matrimoniale et successorale .....	60
§ 2. Déjuridictionnalisation et déjudiciarisation du divorce .....	66
Conclusion du Chapitre 1 .....	75
Chapitre 2 - De la distinction entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international.....	77
Section I - Présentation des critères de l'internationalité en jeu.....	78
§ 1. Définition textuelle et jurisprudentielle .....	80
§ 2. Une frontière ténue entre arbitrage interne et international .....	83
Section II - Les enjeux des critères de l'internationalité .....	86
§ 1. Les enjeux de l'internationalité au regard de la matière familiale.....	86
A. Les critères français de l'internationalité difficilement transposables à la matière familiale .....	86

B. Des critères adaptés à la matière familiale (panorama comparatif).....	94
§ 2. Les enjeux de l'internationalité au regard de l'arbitrabilité en matière familiale .....	98
A. Des critères plus stricts en droit interne qu'en droit international : le choix suisse	98
B. Des critères identiques en droit interne et en droit international : le choix belge.	100
Conclusion du Chapitre 2 .....	102
Conclusion du Titre 1 .....	103
Titre II - Critères de l'arbitrabilité, un allié de la modernité .....	104
Chapitre 1 - Les critères de l'arbitrabilité : un facteur de protection .....	109
Section I - l'indispensable protection de l'enfant.....	109
§1. Les incidences en matière de filiation.....	113
§ 2. L'indispensable protection de l'enfant au cœur du conflit .....	124
A. Les incidences en matière de responsabilité parentale.....	125
B. Les incidences en matière d'enlèvements internationaux .....	133
Section II - une délicate articulation des critères aux contours sibyllins subordonnés au respect de l'ordre public .....	136
§ 1. En matière de régimes matrimoniaux, partenariats enregistrés .....	138
§ 2. En matière de libéralités .....	142
§ 3. En matière de divorce .....	144
§ 4. En matière de droit des successions.....	150
§ 5. En matière d'obligations alimentaires .....	157
§ 6. En matière de protection des personnes majeures vulnérables.....	160
Conclusion du Chapitre 1 .....	162
Chapitre 2 - les critères de l'arbitrabilité : un facteur de dynamisme .....	163
Section I - les potentialités de développement imminentes ?.....	164
§ 1. En raison du recul des obstacles traditionnels .....	164

§2. En raison de l'évolution de la conception de certaines matières .....	174
A.    En matière de responsabilité parentale .....	174
B.    En matière de divorce et d'obligations alimentaires.....	176
Section II - les potentialités de développement redoutées.....	178
§1 : En raison de l'insécurité juridique émanant du silence des règles supranationales .....	179
§ 2 : En raison de la sensibilité de certaines matières.....	182
A.    En matière de filiation.....	182
B. En matière du droit interne français : vers une redéfinition des critères internes : quelle influence et quelles répercussions en matière internationale ? .....	185
1. Proposition de redéfinition .....	186
2. Critique de la proposition .....	192
a. Une proposition justifiée par l'évolution du droit de la famille .....	193
b. Une proposition dangereuse au regard des spécificités du droit de la famille .....	195
Conclusion du Chapitre 2 .....	200
Conclusion du Titre 2 .....	203
Conclusion de la Partie 1 .....	205
SECONDE PARTIE.....	208
L'ARBITRAGE DES LITIGES FAMILIAUX INTERNATIONAUX.....	208
Titre I - La mise en œuvre de l'arbitrage familial international .....	211
Chapitre 1 - le contrat d'arbitre : procédure et instance arbitrales .....	213
Section I - La procédure arbitrale .....	214
§ 1. La compétence du tribunal arbitral .....	214
A. Le principe de « compétence – compétence ».....	215
B. La prévalence du juge étatique .....	221
1. Les conditions d'intervention du juge d'appui .....	224
2. Le domaine d'intervention du juge d'appui.....	227

§ 2. La composition du tribunal .....	231
A. Les qualités de l'arbitre .....	234
B. Les modalités de désignation de l'arbitre.....	239
Section II -l'instance arbitrale .....	240
§ 1. Le vademecum de l'instance.....	240
A. Le temps de l'instance .....	241
B. L'instance dans le temps.....	242
§ 2. Le droit applicable à l'instance arbitrale et au fond du litige .....	247
A. L'application des règlements européens : exclusion, préterition, réaction. ....	248
B. La désignation nationale de la loi applicable.....	254
1. Les règles applicables à l'instance arbitrale.....	254
2. Les règles applicables au fond du litige.....	255
Conclusion du Chapitre 1 .....	265
Chapitre 2 - la convention d'arbitrage.....	267
Section I - Définition .....	268
§1. L'absence de condition formelle en matière internationale.....	269
§2. Conditions de fond.....	281
Section II - L'autonomie de la convention d'arbitrage.....	284
§1. L'indépendance et l'autonomie de la convention d'arbitrage .....	285
§2. Effets de la convention d'arbitrage .....	290
Conclusion du Chapitre 2 .....	295
Conclusion du Titre 1 .....	297
Titre II - La phase post-arbitrale .....	299
Chapitre 1 - la sentence arbitrale.....	301
Section I - Présentation de la sentence arbitrale .....	302
§1. Définition .....	302
§ 2. Formation de la sentence arbitrale .....	305

Section II - Effets de la sentence .....	310
§ 1. L'autorité de la chose jugée et le caractère obligatoire de la sentence .....	311
§ 2. Dessaisissement de l'arbitre.....	313
Conclusion du Chapitre 1 .....	315
Chapitre 2 - La portée et la circulation de la sentence arbitrale.....	317
Section I - La portée de la décision arbitrale .....	318
§1. L'organisation de la reconnaissance et de l'exequatur .....	319
§2. L'organisation procédurale des voies de recours.....	321
Section II - La portée du contrôle de la décision arbitrale.....	330
§ 1. En cas d'irrégularité.....	333
§ 2. En cas de contrariété à l'ordre public en matière internationale.....	335
Conclusion du Chapitre 2 .....	339
Conclusion du Titre 2 .....	341
Conclusion de la Partie 2.....	343
Conclusion générale .....	345
Bibliographie .....	349
I. Ouvrages généraux : traités, manuels, cours.....	349
- A - .....	349
- B - .....	349
- C - .....	350
- D - .....	350
- F - .....	351
- G - .....	351
- H - .....	351
- I - .....	352
- J - .....	352
- L - .....	352

- M - .....	352
- N - .....	353
- P - .....	353
- R - .....	354
- S - .....	354

II. Ouvrages spéciaux : monographies, thèses, recueil des cours de l'académie de la Haye, Communication au Comité français de droit international privé, Travaux du GEDIP, autres travaux..... 354

- A - .....	354
- B - .....	355
- C - .....	356
- D - .....	358
- E - .....	358
- F - .....	358
- J - .....	359
- L - .....	359
- O - .....	360
- P - .....	360
- R - .....	360
- S - .....	361
- T - .....	362

III. Articles, chroniques, dossiers ..... 363

\* En langue française ..... 363

- A - .....	363
- B - .....	365
- C - .....	369
- D - .....	373
- E - .....	378
- F - .....	379

- G - .....	384
- H - .....	386
- J - .....	387
- K - .....	389
- L - .....	390
- M - .....	393
- N - .....	395
- O - .....	398
- P - .....	398
- Q - .....	400
- R - .....	400
- S - .....	402
- T - .....	404
- V - .....	406
- W - .....	407
- Z - .....	407
* En langue anglaise.....	408
- B - .....	408
- C - .....	408
- H - .....	408
- K - .....	409
- P - .....	409
- O - .....	409
- R - .....	409
- W - .....	410
IV. Chroniques de jurisprudence, de sentences arbitrales, notes et observations	410
- B - .....	410
- C - .....	411

- D - .....	412
- G - .....	412
- I - .....	413
- J - .....	413
- L - .....	413
- M - .....	414
- N - .....	414
- R - .....	414
- S - .....	414
V. Rapports, enquêtes et études.....	415
VI. Recueil de Textes .....	415
A°) Documents de la Conférence de La Haye de droit international privé.....	415
B°) Conventions de la Conférence de La Haye de droit international privé .....	415
C°) Règlements de l'Union européenne .....	417
VII. Table des principaux arrêts .....	418
A°) Jurisprudence française.....	418
1. Cour de cassation.....	418
-1960-.....	419
-1970-.....	419
-1980-.....	420
-1990-.....	420
-2000-.....	422
-2010-.....	425
-2011-.....	425
-2012-.....	425
-2013-.....	426
-2014-.....	426
-2015-.....	426
-2016-.....	427



-2017-	428
-2018-	428
-2019-	428
-2020-	429
2. Conseil d'Etat	429
3. Conseil Constitutionnel	429
4. Juridictions du fond	429
COUR D'APPEL	429
-1810 à 1979-	429
-1980-	430
-1990-	430
-2000-	431
-2010-	431
COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL	432
TRIBUNAL JUDICIAIRE (anciennement tribunal d'instance ou tribunal de grande instance) :	432
TRIBUNAL CIVIL	432
4. Tribunal des Conflits	432
B°) Jurisprudence étrangère	432
BELGIQUE	432
CANADA	432
ETATS-UNIS	433
LETTONIE	433
ROYAUME-UNI	433
SUISSE	433
C°) Jurisprudence internationale	433
1. Cour de Justice de l'Union européenne (ancienne Cour de justice des communautés européennes)	433
2. Cour européenne des droits de l'Homme	434
VIII. Cour de réexamen	435
IV. Sentences arbitrales	435
Index alphabétique	437

- A - .....	437
- C - .....	437
- D - .....	437
- E - .....	437
- F - .....	437
- I - .....	438
- J - .....	438
- L - .....	438
- M - .....	438
- N - .....	438
- O - .....	439
- P - .....	439
- R - .....	439
- S - .....	439
- T - .....	439
- V - .....	439
Table des matières .....	440