

# **ASSOCIATION FRANÇAISE D'ARBITRAGE**

2, rue de Harlay  
75001 PARIS  
53.77.24.31

## **COLLOQUE**

### **du 29 septembre 1993**

**à la Chambre de Commerce et d'Industrie  
de Paris**

**ASSOCIATION FRANÇAISE  
D'ARBITRAGE**

2, rue de Harlay  
75001 PARIS  
53.77.24.31

**COLLOQUE**

**du 29 septembre 1993**

**à la Chambre de Commerce et d'Industrie  
de Paris**

## TEXTES DES EXPOSÉS

	<b>Pages</b>
<b>Allocution de bienvenue</b> .....	5
par Monsieur le Président Bernard CAMBOURNAC	
<b>Intervention</b> .....	9
de Monsieur le Bâtonnier Francis MOLLET-VIEVILLE Président de l'A.F.A.	
<b>Discours</b> .....	15
de Monsieur le Professeur Pierre CATALA	
<b>Remerciements</b> .....	33
de Monsieur le Bâtonnier Francis MOLLET-VIEVILLE	
<b>Questions</b> .....	35

# ALLOCATION DE BIENVENUE

prononcée par Monsieur Bernard CAMBOURNAC  
*Président de la Chambre de Commerce et d'Industrie  
de Paris*

Monsieur le Bâtonnier et Cher Président,  
Mesdames, Messieurs,  
Chers Amis

Notre compagnie suit depuis plusieurs années et avec l'intérêt le plus vif les travaux de votre Association et c'est toujours pour moi, depuis quatre ans, un grand plaisir de vous accueillir pour cette rencontre, qui manifeste notre amitié et apporte chaque fois aux représentants des entreprises que nous sommes une réflexion très enrichissante.

Je tiens à saluer particulièrement le Bâtonnier Mollet-Vieville, son activité et son dévouement si efficace. Je me réjouis aussi d'entendre votre conférencier de cette année, le Professeur Pierre Catala, que je remercie d'être ici, parce que son talent est bien connu de tous, mais aussi en raison du sujet choisi : « Arbitrage et patrimoine familial » ; ce thème sollicite extrêmement l'attention des élus et des Chambres de Commerce et d'Industrie. On touche là au vif d'un sujet passionnant : la transmission du patrimoine et celui des entreprises, transmission qui, nous le savons tous, se fait difficilement en France, faute d'une législation bien adaptée. Il se trouve qu'il s'agit d'un problème aigu, inquiétant : au cours des trois dernières années, 167 000 entreprises françaises ont changé de main ; pour la seule région de l'Ile-de-France on en compte 24 500 et l'on

estime que dans les dix années à venir cette mutation concernera de 600 à 800 000 autres entreprises, ce qui représente un chiffre considérable.

Or, pour les raisons législatives auxquelles j'ai fait allusion et à cause du poids de la fiscalité, il arrive souvent que l'entreprise ne survive pas à cette transmission. Ce n'est pas admissible. L'intérêt général de l'économie commande que l'entreprise perdure. Au moment où le problème de l'emploi est devenu une priorité absolue, on ne peut laisser fonctionner un mécanisme créateur de chômage ; en particulier, les PME, dont le tissu fondamental et irremplaçable se trouve déjà durement touché, voient appliquer des règles qui ne leur permettent pas de franchir raisonnablement ce cap dangereux. Notre compagnie s'est depuis longtemps attachée à résoudre, ou tout au moins à proposer des solutions à ce problème. Le rapport Lecointre, sur la transmission familiale d'entreprise en 1984, avançait déjà des propositions utiles ; le rapport Jenetton, paru il y a quelque mois seulement, traitant de la fiscalité de la transmission des entreprises, a complété et toiletté cette réflexion.

Aujourd'hui, il s'agit pour nous d'améliorer les dispositions de la loi. Or ce que peut apporter l'Arbitrage constitue une voie d'approche très différente et particulièrement utile, dont l'intérêt paraît évident. Nous savons que dans bien des cas, où la transmission n'est pas familiale, le recours à l'arbitrage connaît depuis quelques années un grand développement pour ce qui concerne, en particulier, la clause de garantie et de l'évaluation du passif. Pour ce qui est de la transmission familiale, il s'agit d'un domaine où l'on doit tenir compte des règles minutieuses du droit successoral et des intérêts légitimes de tous les héritiers. Il s'agit, en effet, de concilier deux points de vue très éloignés, mais également respectables : les droits familiaux, d'une part, et, d'autre part, l'intérêt général, y compris

celui des employés de l'entreprise Qu'une solution arbitrale, équitable, bénéfique pour tous, puisse être trouvée dans de tels cas doit être souhaitée vivement et c'est avec un intérêt passionné que nous allons entendre la communication du Professeur Catala. Je passe, auparavant, la parole au Président Mollet-Vieville.

19

20

21

22

23

24

25

26

## INTERVENTION

de Monsieur le Bâtonnier MOLLET-VIEVILLE  
*Président de l'Association Française d'Arbitrage*

Monsieur le Président et Cher Ami,  
Monsieur le Professeur,  
Mesdames, Messieurs.

Nous voici, une fois encore, accueillis par le Président Cambournac, dont l'amicale hospitalité nous permet cette réunion dans la magnifique Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris. Qu'il en soit profondément remercié.

Cette manifestation de l'Association Française d'Arbitrage « ranime » la tristesse que nous ressentons encore de la disparition au mois de juillet 1992 de notre grand ami, le Président Honoraire Jean Robert. Mais je dois vous faire part de l'inauguration très récente, le 21 septembre, de la Salle Jean Robert, au Tribunal de Commerce. C'est une très belle salle de dimensions et d'un confort permettant, en particulier, des réunions d'arbitrage, comme celle que nous avons déjà, la Salle René de Sariaç, dans la Cour du Mai. Son souvenir sera ainsi encore mieux perpétué.

Malheureusement, il est une nouvelle place vide parmi nous, depuis la disparition du Professeur Berthold Goldman, qui nous a quittés le 28 avril dernier. Nous pensons à lui en nous remémorant la carrière extraordinaire qui fut la sienne : agrégé de droit et de philosophie, il avait enseigné à Hanoï, puis à Dijon ; il avait été Avocat au Barreau de Paris pendant onze ans et était devenu professeur de droit en 1960 et, plus tard, Président de l'Université

de Paris II. Directeur du Journal du Droit International, il était également directeur du Jurisclasseur de droit comparé et de droit international. Le Professeur Goldman était depuis 1981 professeur émérite à l'Université de Droit, d'Economie et des Sciences Sociales de Paris. Il fut également Président de la section française de la Law Association. Vous le savez, ses œuvres furent nombreuses dans les disciplines qui lui étaient familières et dans lesquelles il excellait. Ce fut pour nous un ami. Participant à de nombreux arbitrages nationaux et internationaux, il était membre de notre Conseil d'Administration depuis la création de notre Association. Son dévouement, comme sa participation fidèle à nos travaux, furent exemplaires. Sa disparition nous a profondément attristés. Que notre pensée émue aille vers son épouse et vers son fils.

Les manifestations annuelles de notre Association ont permis d'évoquer un très grand nombre de sujets, qui ont retenu l'attention de ceux qui, comme vous ce soir, nous avez fait le plaisir de répondre à notre invitation. « L'Arbitrage, la médiation et le mini-trial ». « L'arbitrage et la liberté d'entreprendre », « L'arbitrage et le fonctionnement de l'économie », « La jurisprudence de la Cour de Cassation », « Les entreprises françaises et l'arbitrage », « Les rapports entre l'arbitrage et le droit administratif », « L'impartialité de l'arbitre », « L'arbitrage et le fonctionnement du Conseil des Ministres et de la Commission des Communautés européennes » pour ne citer que les principales. Nous avons à chaque fois beaucoup appris de nos prestigieux orateurs. Mais comme le disait le Président PERIGOT en septembre 1989, « nous avons contemplé les étoiles, sachons aussi les décrocher ».

L'année dernière, vous vous en souvenez, nous fîmes un voyage sidéral dans les étoiles européennes. Ce soir nous revenons sur terre, confrontés aux préoccupations personnelles et familiales, ainsi

qu'au souci qu'entraîne la transmission du patrimoine et des entreprises. En ce domaine, l'arbitrage peut-il nous apporter son aide ? Nous avons constaté, comme l'a dit il y a quelques instants le Président Cambournac, que 50 % des chefs d'entreprise familiale se retireront dans les dix ans à venir et nous savons que 10 % des entreprises se trouvent en péril du fait de défaut de l'organisation actuelle de cette transmission et de sa charge fiscale, qui en France se révèle être l'une des plus lourdes dans la Communauté européenne. Un pacte d'entreprise a été envisagé en raison de ce qu'une grande part de l'actif des entreprises, accumulé au cours de nombreuses années, se trouve appréhendé par l'Etat. Il a été envisagé un nouvel aménagement de la transmission de l'entreprise ; mais dans l'attente de décisions législatives ou réglementaires, voire même lorsqu'elles auront été instituées, n'y a-t-il pas lieu de préconiser le recours à l'arbitrage en étudiant les solutions utiles et pragmatiques qu'il pourrait apporter ? C'est pour répondre à ces interrogations que Monsieur le Professeur Catala a bien voulu accepter d'être l'orateur de notre manifestation d'aujourd'hui.

Le Professeur Pierre Catala ? Qui ne le connaît et qui, par conséquent, n'a déjà eu l'occasion de l'apprécier. J'ignore le thème astral du Professeur Catala lorsqu'il naquit dans l'Aveyron à l'avant-veille de la guerre, mais ce thème a dû lui être particulièrement favorable puisqu'aussi bien, étudiant à la faculté de droit de Montpellier, il réussissait sa licence et ses trois diplômes d'études supérieures avec la mention « bien », pour chacun d'eux et que sur la lancée il fut lauréat de la faculté de droit, premier prix de droit civil et premier prix de doctorat. Sa thèse, dont le sujet était « Les règlements successoraux et l'instabilité économique » fut couronnée par l'Académie française et il obtint son doctorat avec la mention « très bien ». Bien sûr, il fut le premier à son concours d'agrégation de droit. Pierre Catala fut Avocat au Barreau de Montpellier

pendant cinq années mais ce Barreau le perdit au profit de la Faculté de Grenoble, de Montpellier puis de Paris où il fut professeur pendant vingt et un ans à l'Université Panthéon-Assas, après de nombreux détachements à l'étranger.

Vous rappellerai-je que le Professeur Catala est maintenant professeur émérite de Paris II, Président du Conseil d'administration de l'Institut de Recherches et d'Etudes pour le Traitement de la Formation Juridique, directeur du Jurisclasseur Civil et administrateur délégué de Juris Data. Ses missions au titre du CNRS furent nombreuses, au Canada, au Mexique, en Italie, au Portugal. Il en fut de même lorsqu'il fut chargé de mission au Ministère de la Coopération et expert à Abidjan et à Niamey. Il prodigua son enseignement au Cameroun, à la Guadeloupe, à la Réunion, au Liban, à Madagascar, en Tunisie et au Vietnam. Nous savons également que le Professeur Catala fut rapporteur général adjoint de la Commission « Informatique et Libertés » en 1975 avec Bernard Tricot et que nous lui devons d'innombrables publications dont la qualité est appréciée chaque jour par les praticiens du droit.

Mais certaines facettes de sa personnalité vous sont peut-être inconnues. Il me permettra de vous les révéler. C'est un homme d'affection, celle qu'il voue à sa famille, à ses parents, à sa charmante épouse et à sa sœur Nicole dont l'activité pour le bien public se perpétue et se renouvellera comme nous tous le souhaitons. Pierre Catala ressentit deux émotions professionnelles, qui furent très grandes. D'abord, lorsqu'il prêta son serment d'avocat à Montpellier, à l'âge de 19 ans — son père était lui-même avocat à la Cour — et aussi lorsqu'il fit son premier cours d'agrégé à Grenoble, à vingt-cinq ans à peine.

Les travaux inlassables du Professeur Catala le firent apprécier par ceux qui l'entouraient, tels Jean

Carbonnier, René Rodière, Pierre Renaud et Jean Foyer. Il fut surtout le véritable inventeur de l'informatique juridique. Je connais aussi ses croyances fondamentales, celle de la primauté du droit et de la personne, ainsi que celle de la continuité des générations. Si j'ajoute enfin qu'il aime la marche, le cyclisme, le ski et que ses distractions préférées sont la poésie, la peinture et le cinéma, vous connaîtrez ainsi mieux encore la personnalité de celui qui nous fait le très grand plaisir de venir ce soir nous entretenir de l'arbitrage et de la transmission des patrimoines familiaux comme celui des entreprises.

Nous attendons beaucoup de lui. Nous ne serons certainement pas déçus et c'est avec joie que je lui demande de bien vouloir prendre la parole.

## DISCOURS

de Monsieur le Professeur Pierre CATALA

Mesdames, messieurs, lorsque j'ai imprudemment accepté la proposition de faire cette communication, subjugué par l'éloquence du Bâtonnier Mollet-Vieville, et à vrai dire sans lui opposer de résistance sérieuse, je n'imaginai pas que ce thème, anodin en apparence, pouvait justifier l'écriture d'un volume entier. Si bien que la difficulté essentielle à laquelle j'ai été confronté a été une difficulté de sélection. Que retenir pour parler pendant un nombre raisonnable de minutes ? Que choisir ?

Ce qui va suivre est donc une anthologie, un florilège, et comme toujours en matière de choix il y a une part d'arbitraire dans les décisions prises.

Un mot, d'abord, sur l'énoncé du sujet. Chacun sait que le patrimoine familial ne désigne pas une notion juridique technique et précise, mais nul ne se trompe sur sa signification. A considérer la famille conjugale c'est la *communauté* qui est en question, et à considérer la famille parentale c'est de la *succession* qu'il s'agit. Il est hélas fréquent qu'un contentieux s'élève à la dissolution de la communauté ou à l'ouverture de la succession. Pour la famille, c'est un contentieux de rupture, rupture produite par le divorce ou par la mort. Pour le patrimoine, c'est un contentieux de dislocation.

La communauté et la succession se métamorphosent en une indivision, au cours souvent tumultueux, pour aboutir enfin à un partage qui satisfait

rarement tous les appétits. Durant ce processus parfois long, constitutif d'instabilité juridique, les sources de litiges abondent, au point de former souvent un véritable fleuve procédural : gestion de l'indivision, liquidation du passif et de l'actif, rapports et récompenses, attributions préférentielles, allotissements, autant d'étapes délicates à franchir, surtout lorsque le droit des libéralités leur ajoute ses complications propres.

Les procès qui éclatent alors sont douloureux. Ils sont plus lourds de passion que de raison, sous le poids de charges affectives qui ont lentement grossi dans le secret des cœurs, dans le silence des familles. Pour des arbitres habitués aux joutes du commerce, c'est un tout autre univers culturel.

Ces procès sont souvent longs et onéreux, pour un intérêt litigieux modeste. Ils peuvent, si les plaideurs s'y acharnent, être hérissés de recours et d'incidents. La procédure archaïque du partage, d'ailleurs, se prête à tous les excès dilatoires. Et pendant ce temps les héritages succombent sous les frais de justice.

Ces procès, enfin, déçoivent fréquemment les parties. Les règles de droit y sont très complexes, les actes parfois médiocres, les qualifications incertaines et il existe — on doit le reconnaître — peu de juristes vraiment spécialisés. Tout ceci fait que l'issue des procès est ici rarement prévisible avec un degré satisfaisant de probabilité.

Le patrimoine familial, exposé à ces avanies, est en péril, singulièrement, lorsqu'il comporte des exploitations ou des entreprises dont la valeur ne peut se maintenir que par une gestion stable et sûre de son avenir. C'est dire qu'une solution extrajudiciaire des litiges doit être activement recherchée. En ce domaine peut-être plus qu'ailleurs l'adage selon lequel un mauvais accord vaut mieux qu'un bon procès à force de vérité.

L'expérience nous montre heureusement que de nombreux différends se règlent à l'amiable par une transaction, souvent sur l'impulsion judicieuse des notaires, auxquels il faut rendre cet hommage. En revanche, il ne semble pas que l'arbitrage occupe ici une place très significative, comme alternative à la procédure judiciaire. Pourtant, tout porte à croire que les avantages de l'arbitrage pourraient, dans d'assez nombreux cas, être mis au service des patrimoines familiaux. Que la chose soit possible au *présent*, c'est ce que l'on verra d'abord. Est-elle améliorable au *futur*, c'est ce que l'on se demandera ensuite, s'il nous reste un peu de temps.

## I. LE PRÉSENT

Le contentieux du patrimoine familial oppose, pour l'essentiel, des personnes physiques. C'est une caractéristique importante. On y rencontre les populations dont parle le Livre premier du Code Civil — les parents, les enfants, des alliés, des absents, des incapables. Leur participation à un éventuel compromis soulèvera, ici ou là, des questions de *pouvoir* ou de *capacité*.

Quant aux droits litigieux, s'ils ressortissent au patrimoine familial, des règles *d'ordre public* en gouvernement souvent le régime et peuvent évidemment en restreindre la libre *disponibilité*. C'est dire que le caractère familial de la matière retentit sur la convention d'arbitrage, tant en ce qui concerne ses *sujets* que son *objet*. Ce sont les points que l'on regardera.

### *Les sujets du compromis*

A propos des personnes parties à l'arbitrage, on abordera tour à tour quelques questions de *capacité* et de *pouvoir*.

Nombreux sont les mineurs présents dans les indivisions ouvertes par un décès, le décès d'un de

leur parent et parfois mêmes des deux. Les épidémies jadis, la route aujourd'hui s'entendent à faire des orphelins de père et de mère.

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 d'exercice et l'on se trouve donc ramené au droit commun. Celui-ci établit en matière d'incapacité une échelle des actes dont la graduation correspond à leur degré supposé de gravité. Un acte de disposition requiert le consentement du conseil de famille si le mineur est en tutelle et l'autorisation du juge des tutelles s'il relève de l'administration légale sous contrôle judiciaire. Inversement, le tuteur et l'administrateur peuvent accomplir seuls des actes de simple administration.

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. Le tuteur, ou l'administrateur, peut y consentir seul si le litige ne porte que sur des actes de pure administration : il devra recueillir l'agrément des organes de haute tutelle (juge des tutelles ou conseil de famille) lorsque le litige porte sur des actes de disposition.

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.

En somme, pour donner à l'arbitrage sa meilleure efficacité, c'est-à-dire pour le charger de ces

abandons de garantie, le compromis devrait se comporter toujours comme un acte de disposition. Ce débat n'étant pas tranché, à notre connaissance, la prudence, en l'état, suggère d'être précautionneux. Notamment, parce que, si le compromis était atteint de nullité relative, l'incapable seul, ou son représentant, pourrait s'en prévaloir, ce qui placerait les autres parties au compromis dans une expectative bien embarrassante.

Dans le droit patrimonial de la famille, le partage occupe une place à part, due aux difficultés de sa réalisation et à l'ampleur de ses conséquences. Jusqu'en 1964, la forme judiciaire était imposée aux mineurs, alors même qu'une parfaite entente régnait dans la famille. Cette accablante sauvegarde fut levée lors de la réforme de la tutelle conçue par le Doyen Carbonnier, qui a ouvert la voie du partage amiable en présence d'incapables.

Toutefois, l'article 466 du Code Civil soumet le partage amiable à l'homologation du tribunal de grande instance, de telle sorte que celui-ci constitue un point de passage obligé pour les deux formes de partage envisagées par la loi.

Est-ce à dire qu'il s'agit là d'une compétence impérative de l'autorité judiciaire, qui rendrait non arbitral tout partage impliquant des personnes en tutelle ou sous administration contrôlée ? Je ne le pense pas. Le projet de réforme des successions, qui supprime l'homologation des partages amiables, lèverait sans doute cet éventuel obstacle pour le futur.

Mais d'ores et déjà, il faut observer que l'article 467 autorise le tuteur à transiger au nom du mineur, après avoir fait approuver, par le conseil de famille, les clauses de la transaction. Or, on sait bien qu'en matière successorale la transaction tient souvent lieu d'un partage, qui se réalise alors en dehors du tribunal.

Il est vrai, cependant, que si l'on fait approuver par le conseil de famille les clauses du compromis, comme on fait de la transaction, la certitude du résultat n'est pas la même, car il subsiste ici l'aléa de la sentence arbitrale. Cet aléa ne justifie sans doute pas que le partage des biens du mineur soit soustrait *a priori* à l'arbitrage, mais il justifie sans doute que soient prises des précautions, telles que la pluralité des arbitres et l'absence d'amiable composition.

Ces quelques observations seraient valables, *mutatis mutandis*, s'il existait des majeurs protégés ou des absents présumés dans le litige familial, puisque les régimes de protection qui les concernent ont été aménagés à partir de la tutelle des mineurs.

La question du *pouvoir*, maintenant, de compromettre, souvent liée à un problème de capacité, se pose aussi parfois de manière indépendante lorsque le patrimoine familial est objet de propriété plurale, c'est-à-dire quand il comporte des biens communs ou indivis.

Les deux situations sont différentes. S'agissant de la communauté, on sait que la gestion concurrente est devenue de principe en 1985, mais que les articles 1422 et suivants du Code Civil continuent de lui apporter l'exception de la gestion conjointe, selon laquelle les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, accomplir un certain nombre d'actes déterminés par la loi. Si un litige survient à propos d'un tel acte, la doctrine à nouveau se divise sur les conditions d'un éventuel compromis.

Pour certains, le compromis ne figurant pas dans la liste limitative des actes soumis à la cogestion, le consentement d'un seul époux devrait suffire à sa validité, car tout ce qui n'est pas expressément soumis à cogestion relève de la gestion concurrente. Mais d'autres, qui considèrent plutôt le compromis

comme un acte de disposition, estiment à l'inverse que le concours des deux époux est nécessaire quand l'acte litigieux était un de ceux que la loi soumettait à la cogestion. Ce débat n'est pas tranché, lui non plus, à notre connaissance, et le doute qu'il entretient recommande là aussi d'être prudent.

Une autre forme de propriété plurale est l'indivision qui succède à la communauté, ou naît à l'ouverture de la succession. L'indivision ne comporte pas les audaces de la communauté. Sorti des actes conservatoires qui sont au pouvoir de chacun, le principe a été maintenu par la loi de 1976 de l'unanimité, tant en ce qui concerne les actes d'administration que de disposition. D'où il suit qu'une convention d'arbitrage qui serait passée par un indivisaire agissant seul serait inopposable aux autres et, par voie de conséquence, la sentence qui en résulterait, si la procédure allait jusqu'à son terme. Autrement dit, pour produire son plein effet, le compromis doit être signé par tous les indivisaires, ou par certains d'entre eux, munis du pouvoir des autres, sauf d'ailleurs à discuter sur la nature et l'étendue du pouvoir nécessaire pour compromettre utilement.

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.

#### *L'objet du compromis*

Les articles 2059 et 2060 du Code Civil déclarent qu'il est des droits et des matières sur lesquels on ne peut pas compromettre. Rapportée au patri-

moine familial, cette double limitation pourrait inscrire l'arbitrage dans des frontières très exigües si elle n'était pas comprise avec quelque souplesse. Il faut s'interroger sur les deux points de discussion essentiels que sont la *disponibilité des droits* soumis au compromis et *l'ordre Public*.

Quant à la *disponibilité*, aucun répertoire n'existe des droits dont les personnes ont ou n'ont pas la libre disposition. Mais nul ne doute que l'indisponibilité coïncide, au minimum, avec le domaine des droits extra-patrimoniaux, au sein desquels les droits de la personnalité tiennent évidemment une place éminente. En généralisant, peut-être un peu trop vite d'ailleurs, on avancerait que la matière du Livre I du Code civil, « Des Personnes », a vocation à échapper à l'arbitrage. Et du reste, l'article 2060 soustrait expressément à cette procédure les questions d'état et de capacité des personnes, ainsi que celles relatives au divorce et à la séparation de corps.

Cependant, des droits patrimoniaux s'insinuent au cœur même de ces matières. Le devoir de secours entre époux, les charges du mariage, l'obligation alimentaire, les prestations compensatoires et les dommages et intérêts en matière de divorce, tout ce dispositif attaché aux liens du mariage et du sang comporte une expression monétaire. Les droits auxquels il donne naissance sont patrimoniaux. Sont-ils sujets à compromis ?

Parmi les multiples questions que ces droits peuvent poser, j'ai sélectionné celles qui touchent à la prestation compensatoire comme étant particulièrement pratiques et importantes. On sait que 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 l'ensemble des 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.

Dans les autres formes de divorce, l'article 1450 du Code civil autorise les conjoints à passer, en cours d'instance, « toutes conventions pour la liquidation et le partage de la communauté », pourvu que ce soit par acte notarié. Les droits, sujets à de telles conventions, apparaissant derechef comme disponibles, sont-ils susceptibles de compromis ? Peut-on organiser un arbitrage qui, dans le cadre temporel de l'article 1450, aboutirait au partage de la communauté, avant que n'intervienne le jugement de divorce et sous la condition suspensive de son prononcé ?

Le problème est que l'exigence d'un acte notarié, formulée par l'article 1450, a été considérée en jurisprudence comme une règle impérative sanctionnée par la nullité. Or, la sentence arbitrale n'est pas un acte notarié... Mais on peut aussi considérer que l'article 1450 a pour fonction d'exclure les conventions sous seing privé et non pas les procédures arbitrales. Or, il y a des situations où le compromis permettrait de dénouer une situation pré-litigieuse, si les parties, incapables de s'entendre sur le fond, s'accordent sur la procédure. J'ai eu connaissance d'un cas où, sur ce terrain, l'arbitrage a pu atteindre son but sans que la sentence soit attaquée.

Poussons plus loin la difficulté. A supposer le compromis signé, pourrait-on inclure dans son objet la prestation compensatoire en même temps que la liquidation de la communauté ? Une doctrine autorisée professe l'opinion contraire, au motif que la

prestation compensatoire relèverait de la compétence impérative du tribunal. Et pourquoi donc ? Serait-ce à cause de sa nature partiellement alimentaire ? Pourtant, il est admis que l'on peut transiger sur des échus, c'est-à-dire sur un droit ouvert, à défaut de pouvoir le faire sur des droits futurs.

Ces hésitations sont regrettables. Il serait particulièrement utile de pouvoir régler, en une seule fois et avec un maximum de stabilité, que ce soit par transaction ou par arbitrage, l'ensemble des intérêts matériels des époux, sous la seule condition du prononcé ultérieur du divorce. Au contraire, l'équilibre du partage de la communauté arrêté en cours d'instance, peut être gravement altéré par une prestation compensatoire postérieure d'un montant inattendu.

Cette situation, retenue parmi beaucoup d'autres, dépeint quelques obstacles caractéristiques auxquels le compromis risque d'achopper dans le domaine familial : la compétence impérative des tribunaux judiciaires et l'indisponibilité des droits litigieux qui, bien qu'ils soient d'ordre patrimonial, peut tenir, notamment, à leur caractère alimentaire ou à leur nature de droits éventuels.

A supposer que ces écueils soient évités, l'objet du compromis recèle encore un piège, à savoir sa compatibilité avec l'ordre public.

### *L'ordre public*

Les rapports du compromis avec l'ordre public sont évoqués sur un mode ambigu par l'article 2060 du Code civil : on ne peut compromettre généralement dans les matières qui intéressent l'ordre public. Cette formule équivoque est susceptible de plusieurs acceptions.

S'il fallait l'entendre au pied de la lettre comme prohibant le compromis dans toutes les matières où se trouvent les règles d'ordre public, elle aboutirait

à une quasi éradication de l'arbitrage, tout au moins à propos du patrimoine familial. Mais plus personne aujourd'hui ne lui prête cette signification.

Il est admis que ce n'est pas la présence de l'ordre public dans la situation litigieuse, mais sa *transgression* qui fait obstacle à l'arbitrage. Encore convient-il de préciser le lieu où doit se situer l'outrage apporté aux règles impératives. Personne ne soutient que la violation de l'ordre public doit siéger dans le compromis lui-même et dans lui seul ; elle peut aussi bien entâcher le contrat principal, source de la situation litigieuse. Lorsque celui-ci encourt la nullité absolue pour manquement à une règle impérative, surgit une sérieuse difficulté d'interprétation.

La controverse se présente dans les termes suivants : l'arbitre qui constate un vice du contrat litigieux non susceptible de confirmation, peut-il prononcer la nullité de l'acte irrégulier ou bien doit-il s'en abstenir au motif que cette nullité même lui ôte son pouvoir juridictionnel ? En matière d'arbitrage international, il semble aujourd'hui que la Cour de Cassation reconnaisse la compétence de principe de l'arbitre pour sanctionner la violation d'une règle d'ordre public. En cela, elle est approuvée par une doctrine autorisée qui préconise l'extension de cette solution à la matière interne. A ce jour, cependant, la situation de l'arbitrage interne n'est pas claire, car des arrêts récents ont défendu la thèse ancienne, selon laquelle l'arbitre ne peut sanctionner les violations de l'ordre public et doit se déclarer incompétent lorsqu'il en constate.

Cet aléa est préoccupant, car il existe, en droit patrimonial de la famille, un ordre public matrimonial et un ordre public successoral envahissants. Sans doute ne sont-ils pas intangibles. Leur commune tendance est à un reflux mesuré, une retraite élastique : ainsi l'immutabilité des conventions matrimoniales et la prohibition des pactes sur succession future ont-elles sensiblement régressé

depuis une trentaine d'années. Cependant, l'ordre public familial demeure vigoureux et risque, en bien des cas, d'embarrasser les arbitres.

Prenons, pour le démontrer, un exemple parmi bien d'autres : celui des donations entre époux, qui sont à la charnière du droit matrimonial et successoral, et qui suscitent un abondant contentieux *a priori* arbitral.

Le litige procède souvent d'un achat fait au nom d'un époux avec des deniers fournis par l'autre. S'il s'agit d'une donation déguisée, elle est frappée d'une nullité d'ordre public par l'article 1099 du Code civil. Cette qualification étant acquise, l'arbitre se trouvera devant le dilemme que l'on vient d'évoquer : doit-il annuler l'acte irrégulier ou se dire incompétent pour le faire ? Mais ce doute se situe, si l'on peut dire, en fin de course, car avant d'en arriver là il aura fallu résoudre plusieurs questions préalables.

En premier lieu, l'acte litigieux constitue-t-il une donation véritable ? La jurisprudence dit aujourd'hui qu'il n'en est rien si le conjoint bénéficiaire est allé *au-delà* de la contribution normale aux charges du mariage. Il s'agit alors d'une donation rémunératoire échappant au régime des donations entre époux. Or, rien n'est plus mystérieux que l'*au-delà*, fût-il celui des charges du mariage...

En second lieu, si l'acte est reconnu comme donation, a-t-on affaire à une donation déguisée, ou indirecte, ou à un don manuel ? La qualification est fuyante. Les juges qui, naguère, voyaient des donations déguisées partout, tendent aujourd'hui à n'en voir nulle part, sauf en présence d'un mensonge flagrant sur l'origine des fonds.

Tout ceci laisse beaucoup de marge à l'appréciation de l'arbitre et relève du fait plutôt que du droit : aussi bien la mesure des charges du mariage que l'existence de l'intention libérale ou de la simu-

lation. Ces critères de la qualification échappent au contrôle de la Cour de Cassation, juge du droit, pour autant que le juge du fond n'a pas dénaturé l'acte litigieux. Il n'est pas interdit de penser qu'ils échappent pareillement au recours en annulation de la sentence arbitrale, prévu par l'article 1484 du nouveau Code de procédure civile dans six cas limitativement énoncés, lorsque les parties à l'arbitrage ont renoncé à l'appel, voie de réformation. Dans cette hypothèse, l'arbitre apparaît comme maître de la qualification, à l'instar d'une cour d'appel : c'est dire que l'arbitrage, économisant un degré de juridiction, aboutira plus vite à une décision plus solide que la procédure judiciaire.

Ce type de situation est répandu. On ferait des observations analogues à propos de la cause et des conditions immorales ou illicites, dont le contentieux est dominé par les données de fait. Il en va de même pour les testaments obscurs ou équivoques : combien de dispositions douteuses ont été rache-tées en justice au nom de l'interprétation ? On pourrait allonger indéfiniment cette thèse, sachant que l'on y rencontrera des règles d'ordre public presque à chaque ligne. Ces règles s'imposent à l'arbitre comme au juge : il peut et il doit les appliquer. Ainsi, pour illustrer cette proposition, sa sentence devra-t-elle respecter les dispositions relatives à la réserve héréditaire, à moins que les héritiers majeurs et maîtres de leurs droits n'aient renoncé à en bénéficier.

Si une hésitation se faisait jour quant à la mise en œuvre de l'ordre public par l'arbitre, elle pourrait se situer dans le domaine des peines civiles : le prononcé de l'indignité successorale (si la réforme qui prévoit des cas d'indignité facultative est votée), la révocation pour ingratitude, les sanctions du recel de succession ou de communauté relèvent-ils des seuls tribunaux judiciaires ? L'affirmer reviendrait à multiplier les questions préjudicielles ou même les

causes de non-arbitrabilité, selon que le grief allégué serait ou non détachable du fond : risque qui n'est pas théorique, notamment pour le recel que les plaideurs allèguent à tort et à travers. Inversement, nier la compétence exclusive des tribunaux judiciaires aboutit à conférer à l'arbitrage une espèce de fonction de police qui n'est pas dans sa vraie nature. En discuter plus avant passerait les bornes du présent exercice.

On retiendra de ce qui précède que l'arbitrage peut rendre de réels services en notre matière si l'on en use avec précaution (quant aux questions de pouvoir et de capacité) et avec discernement (quant à l'objet). Contrairement à une opinion parfois entendue, l'amiable composition n'est pas à proscrire systématiquement ; elle a, notamment, sa place dans les litiges portant sur des valeurs contestées, arbitrables en équité. Quant à l'appel voie de réformation, y renoncer accroît sensiblement les chances de clore par une décision inattaquable les contestations relatives à l'interprétation des actes juridiques.

Pour qui a pu mesurer l'effet dévastateur que la lenteur des procès touchant aux régimes matrimoniaux et aux successions produit sur les patrimoines familiaux, en particulier sur la transmission des exploitations et des entreprises, il paraît clair qu'un développement judiciaire de l'arbitrage serait bénéfique.

Quel avenir peut-on raisonnablement lui prédire ?

## II. LE FUTUR

Les données d'aujourd'hui peuvent changer demain, soit par la réforme du droit civil substantiel, soit par une évolution du droit de l'arbitrage. Du côté du divorce et des régimes matrimoniaux, il y a peu de changement à prévoir. Du côté des succes-

sions et des libéralités, au contraire, des transformations profondes sont nécessaires et plusieurs projets attendent leur tour.

La réforme probable du partage verra sans doute le triomphe définitif de l'égalité de valeur, qui libèrera le juge en matière d'allotissement et qui s'harmoniserait ainsi avec une procédure arbitrale d'amiable composition. Mais, simultanément, une rénovation radicale de partage judiciaire, qui réduirait sensiblement les défauts de la procédure actuelle, amoindrirait d'autant l'avantage présent de l'alternative arbitrale.

Quant à la liberté de disposer à cause de mort, elle pourrait s'enrichir de deux figures nouvelles : la fiducie et le pacte d'entreprise. Il est permis d'espérer que ces innovations appauvriront le contentieux traditionnel mais il n'est pas interdit de croire qu'elles susciteront des litiges spécifiques, de telle sorte qu'on ne prendra pas de pari sur la balance finale. En tout cas, elles devraient offrir à l'arbitrage un nouveau champ d'application.

Tout bien réfléchi, si l'arbitrage doit prospérer sur le terreau du patrimoine familial, c'est de lui que les choses devraient venir, plutôt que du droit civil.

Le droit civil lui est dès à présent ouvert, par la voie du compromis, sous les réserves ci-dessus émises quant à la capacité, au pouvoir et à l'indisponibilité des droits. Il est possible que certaines brèches s'élargissent (exemple évoqué plus haut : les liquidations de communauté et de prestation compensatoire durant l'instance en divorce), mais l'essentiel est déjà acquis en termes d'arbitrabilité.

C'est donc plutôt sur le droit de l'arbitrage lui-même qu'il faudrait s'interroger pour améliorer la structure d'accueil qu'il offre au contentieux des familles. Pour un civiliste de passage sur ce terrain, le flou qui entoure le problème de l'ordre public est fort déconcertant. Peut-on encore penser — et juger

— qu'un arbitre habile à ruser avec les nullités d'ordre public grâce aux sortilèges de l'interprétation, ne puisse pas prononcer cette nullité lorsqu'il la constate et doit alors s'esquiver sur la pointe des pieds ? Le paradoxe s'accroît si on persiste à lui dénier ce pouvoir en matière interne alors qu'on le lui reconnaît dans l'ordre international. Pour clarifier ce point capital, la Cour de Cassation semble avoir les mains libres, puisqu'on peut faire dire à peu près ce que l'on veut à l'article 2060 du Code civil... Mais si l'occasion contentieuse tarde à venir, que le législateur se manifeste.

De toute manière, son intervention s'imposera si l'on remet en chantier le problème de la clause compromissoire en matière civile. A moins de tenir l'arbitrage pour chose essentiellement diabolique, il paraît excessif de proscrire cette clause *a priori* et de manière inconditionnelle. Mais la permissivité absolue serait tout aussi excessive. Il sera donc délicat, comme des travaux récents l'ont montré, de tracer à la promesse d'arbitrage la juste place qui lui revient en droit privé général. Mais c'est une démarche qui vaut d'être entreprise.

La clause compromissoire, du reste, si elle était largement accueillie en matière de patrimoine familial, s'y heurterait de toute façon à des limites techniques. Ainsi, le contentieux testamentaire, particulièrement copieux, lui resterait-il rebelle puisque le testament est un acte unilatéral. Lançons une idée : que penseraient les notaires d'une clause pénale frappant le légataire indocile qui se déroberait à la procédure arbitrale décrétée par le testateur ?

Dans la logique de ce qui précède, l'autonomie de la clause compromissoire devrait accompagner son admission, de manière à ce que la promesse d'arbitrage survive à l'annulation du contrat qui la porte. A nouveau devrait prévaloir l'alignement de l'arbitrage interne sur sa version internationale.

Et sur cette lancée internationale, constatons que les litiges familiaux comportent de plus en plus d'éléments d'extranéité, avec la dispersion croissante des personnes et des patrimoines. De telle sorte que l'arbitrage international pourrait un jour se sentir bien à l'étroit dans la définition étriquée qu'en donne l'article 1492 du nouveau Code de procédure civile par référence au commerce. Voilà de quoi rêver...

Le mot de la fin sera que l'épanouissement de l'arbitrage au sein des patrimoines familiaux est peut-être affaire de sociologie plus que de droit, de sociologie ou pour mieux dire de culture. Il est assez rare que les spécialistes de l'arbitrage le soient aussi du droit de la famille et vice-versa. Peut-être suffirait-il pour produire un déclic de faire se mieux connaître les deux familles et c'est pour cette raison que je vous remercie à nouveau chaleureusement, cher monsieur le Président et Bâtonnier, de m'avoir invité à cette prestigieuse tribune.

## REMERCIEMENTS

de Monsieur le Bâtonnier MOLLET-VIEVILLE

J'avais dit que nous ne serions pas déçus. En fait, nous sommes comblés ! Et vous permettrez au poisson-capricorne que je suis de féliciter la vierge-poisson que vous êtes, comme vous venez de me l'apprendre. Je vous remercie de m'avoir replacé à plus d'un demi-siècle en arrière lorsque je prenais des notes pendant un cours à la faculté de droit. J'ai été captivé par ce que vous disiez comme un jeune étudiant l'aurait été. Merci de m'avoir rajeuni.

Nous pourrions profiter de vos suggestions, nous tous qui participons à des arbitrages et souhaitons en poursuivre la promotion. Oui, vous avez eu raison de dire que cela n'allait pas seul, qu'il fallait être précautionneux mais les juristes comme les arbitres le sont. Que de directions évoquées par vous à l'occasion de l'examen de pistes nouvelles nous entraînant vers votre conclusion qui va jusqu'à dire que le droit civil, à l'image du droit commercial, devrait permettre plus généralement le prononcé d'une sentence arbitrale qui apporterait une solution utile pour le justiciable leurs conseils n'ayant raison d'exister que parce qu'il y a des hommes et des femmes qui ont besoin de voir arriver la fin de leurs litiges avec rapidité et au moindre mal pour chacun, sinon au mieux des intérêts en présence, familiaux ou patrimoniaux.

Je tiens à vous remercier tout particulièrement de votre excellente conférence qui fut écoutée avec un recueillement digne d'un amphi exceptionnel. Contrairement à la tradition qui veut que notre réunion ne se prolonge pas trop longtemps, je crois que

ce soir il serait bon que certains d'entre nous, magistrats, juristes, officiers ministériels, arbitres, passionnés par ce que vous avez dit, puissent, souhaitant une précision supplémentaire, poser une question ou exposer leur point de vue.

Il est toujours très difficile de trouver le premier. Monsieur Serge Dassault vous serez celui-là.

## QUESTIONS

Monsieur Serge DASSAULT

Permettez-moi de ne pas vous parler d'arbitrage, mais de vous poser une question toute simple, qui se pose à tous ceux qui héritent ou qui croient hériter. On oublie complètement qu'un héritier n'a pas d'argent et qu'il ne peut donc pas payer ce qu'il est censé recevoir, c'est-à-dire un patrimoine, et que pour régler les droits de succession il doit casser le patrimoine. Il y a destruction du patrimoine à chaque succession, et il n'y a pas transmission de patrimoine. Alors est-ce qu'il ne serait pas plus utile de conserver le patrimoine et de ne faire payer l'héritier que lorsqu'il décide lui-même de vendre ? Mais pas avant. Cela supprimerait peut-être quelques recettes à l'Etat, pas énormes d'après ce que l'on me dit, puisqu'il n'y a que quelque milliards de recettes sur les successions, comparés aux 300 milliards de déficit budgétaire. Ce n'est pas très grave à mon avis, mais il y a un problème impossible à régler aujourd'hui pour tout héritier, qu'il hérite d'une maison ou d'une entreprise, il ne peut pas payer ; il n'a aucun argent liquide et il n'a que six mois pour s'acquitter de ses droits.

Et puis il y a une autre injustice : on évalue le bien le jour du décès lorsqu'il s'agit d'actions d'une entreprise cotée en Bourse. Ou on fait évaluer les biens par un expert dans les deux mois qui suivent le décès. C'est très bien. Mais quand on trouve difficilement un acquéreur des biens à ce prix alors que fait-on si la Bourse a chuté entre temps. On ne reçoit pas la totalité de ce qui a été évalué. On doit vendre un bien à bas prix et on paye des droits

exorbitants sur un autre prix. On paie des impôts non pas sur les sommes que l'on reçoit mais sur une évaluation totalement différente et indépendante. Alors pour le bien des successions et pour la sauvegarde des patrimoines, qui vous semblent tenir à cœur, je crois qu'il y a un réel problème que personne apparemment ne soulève, je ne sais pas pourquoi. On ne peut pas payer. Un héritier n'a pas d'argent. Un fils qui hérite n'a pas d'argent. Alors il ne peut pas payer les impôts. Pour payer il casse et il crée des chômeurs. Alors je considère qu'il serait plus intéressant pour l'ensemble de la communauté que le patrimoine reste à celui qui le reçoit, pour le faire fructifier et qu'il paie quand il le vend, à quelque moment que ce soit. Peut-être avec une limite de dix ans. Il y a là un vrai problème, d'autant plus que les impôts sont de 40 %.

#### **Monsieur le Président CAMBOURNAC**

Peut-être pourrais-je ajouter que les deux rapports, auxquels j'ai fait allusion dans mon propos d'ouverture, traitaient rigoureusement de la même question et proposaient les mêmes solutions, car c'est effectivement la sauvegarde des entreprises qui est en cause, la sauvegarde de nos compétences et la sauvegarde de nos emplois.

#### **Monsieur le Bâtonnier Francis MOLLET-VIEVILLE**

Il faut espérer que les règles communautaires feront que peut-être la fiscalité française sera bien forcée de s'incliner devant une fiscalité européenne qui est moins contraignante que la nôtre mais ceci relève du domaine de la prospective. Monsieur le Président Gilles Durant des Aulnois vous avez la parole.

#### **Monsieur Gilles DURANT des AULNOIS**

Merci Monsieur le Professeur car vous nous avez passionnés. Maintenant je vais vous poser une

question : vous avez laissé entrevoir la possibilité de la fiducie. On en parle beaucoup : il est certain que nous aurions là un instrument remarquable qui manque aux juristes praticiens français car il est dommage de voir que pour certaines opérations, des sociétés, voire des sociétés nationales, ont recours à la création de « trusts » dans des paradis fiscaux. Si cela est possible pour des grandes sociétés, ça ne l'est pas pour des petites entreprises, appartenant à une famille, voire plusieurs familles, car les projets de textes législatifs en préparation prévoient la création de fiducies avec l'apport des biens représentant pratiquement la quotité disponible, le grand principe de la réserve étant parfaitement intangible.

Pour nous, praticiens, je ne vous cache pas que nous sommes très déçus car lors de la transmission d'une entreprise en ce qui concerne une famille de trois enfants, on ne pourra jouer, au niveau de la fiducie, que sur le quart de l'entreprise. Les projets en cours n'aboutiront peut-être pas à l'effet escompté.

Il n'est pas normal de voir qu'un héritier d'une industrie, qui reprend l'entreprise familiale avec toutes ses responsabilités ne puisse pas bénéficier de la fiducie qui pourrait rendre un très grand service à condition d'en étendre l'objet. Je vous remercie.

#### **Monsieur le Bâtonnier MOLLET-VIEVILLE**

Compte tenu de l'heure et de l'attention aussi soutenue que vous avez manifestée, je pense que nous pouvons poursuivre nos entretiens de l'autre côté de ce jardin, grâce encore à l'accueil du Président Cambournac, que je remercie une fois de plus et que nous pourrions ainsi, peut-être, compléter nos informations, poser d'autres questions, sans vouloir pour autant être excessifs à l'égard de notre ami le Professeur Catala. Qu'il me soit, en ces derniers

mots, permis de lui dire combien nous avons été heureux de l'accueillir, de l'entendre et combien nous souhaitons que les pistes qu'il nous a données soient profitables aux uns comme aux autres. En tout cas un très grand merci.



