

Tribunal fédéral – 5A_907/2019
II^{ème} Cour de droit civil
Arrêt du 27 août 2021 (d)

Newsletter janvier 2022

Résumé et analyse

Divorce, DIP, arbitrage,
liquidation du régime
matrimonial, procédure

Proposition de citation :

Clara Wack, Prise en compte d'une sentence arbitrale étrangère dans une procédure de divorce en Suisse ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_907/2019, Newsletter DroitMatrimonial.ch janvier 2022

**Art. 125, 181 et 182 CC ;
18 al. 1 CO ; 52 à 56 et 194
LDIP ; Convention de NY**

Prise en compte d'une sentence arbitrale étrangère dans une procédure de divorce en Suisse

Clara Wack¹

I. Objet de l'arrêt

Le Tribunal fédéral est amené à traiter d'une convention conclue par des époux du temps de leur vie commune au sujet de la répartition entre eux de certaines valeurs patrimoniales. Cette convention, qui comporte une clause d'arbitrage, a donné lieu à une sentence arbitrale aux Etats-Unis. Le Tribunal fédéral doit alors déterminer la portée à la fois de la convention et de la sentence arbitrale dans la procédure de divorce initiée en Suisse.

II. Résumé de l'arrêt

Un bref résumé de l'arrêt dont il est question est déjà paru dans la [Newsletter DroitMatrimonial.ch novembre 2021](#). L'arrêt porte également sur l'entretien post divorce et la non-imputation d'un revenu hypothétique à l'épouse (consid. 3) ; cependant, notre analyse se concentrera sur ce qui a trait à la convention des époux, la sentence arbitrale et leurs effets (consid. 4 à 6).

A. Les faits

Les époux A et B sont mariés depuis 1997. L'époux est de nationalité allemande et l'épouse de nationalité suisse. Ils sont les parents d'un enfant désormais majeur. En 2007, le couple s'établit aux Etats-Unis. Le 12 février 2009, ils concluent un accord intitulé « Agreement Regarding Status of Property », soit en français une « Convention sur le statut des biens » (ci-après, la Convention).

Selon une traduction libre, la Convention prévoit (entre autres) ce qui suit :

- Les parties entendent conclure un accord opérant à la conversion de certains biens matrimoniaux (*marital property*) en biens distincts (*separate property*). La Convention se

¹ Doctorante FNS à l'Université de Fribourg et avocate au barreau de Genève.

limite à résoudre certaines difficultés bien précises entre les parties, affectant uniquement les biens spécifiquement identifiés.

- Hormis les biens désignés comme distincts dans la Convention, celle-ci n'a pas vocation à établir ou modifier la qualification de tous autres biens détenus conjointement ou séparément par les parties. Si celles-ci devaient tenter une procédure de séparation ou de divorce à l'avenir, la caractérisation de tous autres biens serait réservée pour cette procédure future.
- Chaque partie doit recevoir, sans délai, par transfert sur un autre compte Fidelity à son seul nom, la moitié du solde actuel (soit environ CHF 300'000.-) d'un compte Fidelity détenu en commun. Chaque partie acquiert sa part du compte Fidelity, avec tous éventuels gains ou pertes futurs, comme bien distinct, ne devant pas être redistribué dans un partage des biens qui interviendrait ultérieurement.
- En cas de dissolution de leur mariage ou de séparation, et peu importe la cause, aucune des parties ne pourra faire valoir de prétention sur les biens distincts de l'autre aux termes de la Convention. Lors du partage des actifs et des passifs de l'union conjugale, les biens distincts désignés dans la Convention devront être considérés comme des distributions anticipées égales, indépendamment de leur valeur à ce moment-là.
- Tant que les parties vivent aux Etats-Unis, les litiges relatifs à l'interprétation ou l'exécution de la Convention seront soumis à l'arbitrage contraignant de D. La validité, l'interprétation et le caractère exécutoire de la Convention doivent être déterminés conformément aux lois de l'Etat de Washington ; cependant, les deux parties déclarent souhaiter que la Convention soit exécutoire devant les tribunaux suisses comme les tribunaux de l'Etat de Washington.

Le 29 décembre 2009, l'épouse saisit D. d'une requête d'arbitrage. Le 2 février 2010, l'époux quitte les Etats-Unis pour s'installer en Suisse. Par sentence arbitrale du 5 mars 2010 (ci-après, la Sentence), D. accorde à l'épouse, sur la base de la Convention, une créance de CHF 300'000.-, avec intérêts à 12% l'an dès le 5 mars 2010. En sus, il condamne l'époux au paiement à l'épouse d'une indemnité de USD 900.-, ainsi qu'aux frais de la procédure de USD 1'500.-, moyennant remboursement à l'épouse des USD 750.- qu'elle a avancés à ce titre.

Le 2 février 2012, une procédure de divorce est initiée par-devant le Tribunal de district de Lucerne. Par jugement du 30 mai 2018, ce Tribunal dissout le mariage et règle les effets accessoires du divorce. Entre autres, il condamne l'époux au paiement d'un montant de CHF 138'696.30 au titre de la liquidation du régime matrimonial, refusant d'attribuer un quelconque effet à la Convention ainsi qu'à la Sentence.

L'épouse fait appel de ce jugement. Elle demande qu'en plus du montant susmentionné, l'époux soit condamné à lui payer le montant de CHF 300'000.-, avec intérêts à 12% l'an dès le 5 mars 2010, ainsi que USD 1'650.-, ce en reconnaissance de la Convention et de la Sentence. L'époux conclut au rejet de l'appel et forme appel joint, concluant en particulier à ce que le régime matrimonial soit déclaré liquidé en l'état actuel de la possession.

Par arrêt du 25 septembre 2019, le Tribunal cantonal lucernois admet, pour l'essentiel, l'appel de l'épouse et rejette intégralement l'appel joint de l'époux. Pour ce qui nous intéresse ici, il confirme ainsi la condamnation de l'époux au paiement de CHF 138'696.30 au titre de la

liquidation du régime matrimonial, et le condamne, en sus, au paiement d'un montant de CHF 300'000.- avec intérêts à 5% l'an (plutôt que 12%, jugés excessifs) dès le 5 mars 2010, ainsi que de USD 1'650.- pour les frais liés à la procédure arbitrale.

L'époux forme un recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral et conclut en particulier à l'annulation de l'arrêt cantonal en ce qui concerne sa condamnation au paiement de CHF 300'000.- avec intérêts à 5% l'an dès le 5 mars 2010 (étant précisé qu'il ne s'en prend pas en revanche au montant de USD 1'650.-). Ainsi, le Tribunal fédéral est appelé à examiner la portée de la Convention et de la Sentence dans la procédure de divorce initiée en Suisse et eu égard à la liquidation du régime matrimonial.

B. Le droit

L'instance précédente a retenu que la procédure arbitrale avait été initiée le 29 décembre 2009 et la requête d'arbitrage transmise au recourant le 30 décembre 2009. Celui-ci avait quitté les Etats-Unis afin d'établir son domicile en Suisse le 2 février 2010. Dans le préambule de la Sentence, il était indiqué que l'arbitre avait pris sa décision après avoir entendu les parties. Il pouvait donc être supposé que le recourant s'était fait représenter à l'audience. Ainsi, le recourant avait participé à la procédure arbitrale. La Sentence revêtait en principe l'effet de chose jugée (consid. 4.1.1).

Conformément à l'art. 194 LDIP, la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères sont régies par la convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (ci-après, CNY). La Sentence rendue par D. le 5 mars 2010 était une sentence arbitrale au sens de la CNY. Selon l'art. 177 LDIP, sont arbitrables toutes les causes de nature patrimoniale. Dans les arbitrages internes, sont arbitrables les prétentions qui relèvent de la libre disposition des parties (art. 354 CPC). Étant donné que, à tout le moins en matière de régime matrimonial, les parties pouvaient disposer librement de leurs prétentions et étaient à cet égard libres de contracter, les contrats portant sur le régime matrimonial étaient en principe arbitrables. L'arbitrabilité en tant que telle, tout comme la question de savoir si une sentence arbitrale doit être ratifiée par le juge du divorce en vertu de l'art. 279 CPC, faisaient l'objet de controverses. Selon une première opinion, l'exigence de ratification exclut la libre disposition et donc l'arbitrabilité des prétentions concernées ; une seconde opinion admet l'arbitrabilité de ces prétentions et retient que l'exigence de ratification constitue tout au plus une condition de l'exécution. La pratique du Tribunal fédéral correspondrait à ce dernier avis ; selon celle-ci, les époux doivent requérir la ratification de la sentence arbitrale par le juge du divorce, qui statue sur la ratification en même temps que sur le divorce². Cette pratique devait être suivie ici. La situation à cet égard ne différait pas dans le cas d'une sentence arbitrale étrangère. Ainsi, en l'espèce, le contenu

² Le Tribunal cantonal cite ici l'ATF 87 I 291 de 1961, unique arrêt traitant de cette question. Or, celui-ci retient qu'il est inutile de décider si les parties avaient le droit de faire régler par arbitrage les questions relatives à la dissolution de leur régime matrimonial en cas de divorce ou de séparation de corps ; « [e]n effet, supposé qu'elles aient eu cette faculté, elles auraient en tout cas dû (...) soumettre le jugement arbitral à l'approbation du juge du divorce, comme une convention sur les effets accessoires du divorce ou de la séparation de corps », ce qui relevait de l'ordre public. Faute d'avoir été ainsi approuvée, la sentence arbitrale n'était pas exécutoire. Le Tribunal fédéral relève qu'« on pourrait considérer également que les conjoints ont entendu régler à nouveau leurs rapports patrimoniaux sans égard à l'action en divorce » ; dans un tel cas, l'ancien droit requerrait cependant l'approbation de l'autorité tutélaire, de sorte que le résultat était le même.

matériel de la sentence arbitrale du 5 mars 2010 était soumis à ratification selon l'art. 279 CPC.

Au demeurant, le Tribunal cantonal ne partageait pas l'avis du tribunal de première instance, selon lequel, par l'accord du 12 février 2009, les parties étaient convenues d'une liquidation partielle de leur régime matrimonial (dans le sens d'une attribution d'acquêts ou de biens propres du recourant aux biens propres de l'intimée) ou avaient voulu modifier contractuellement leur régime matrimonial, comme le permet à certains égards l'art. 199 CC. Il s'agissait plutôt d'un contrat de mariage sur une autre participation au bénéfice, au sens de l'art. 216 al. 1 CC, à savoir différente du partage par moitié tel que prévu à l'art. 215 CC, de droit dispositif. Les clauses qui modifient la participation légale au bénéfice ne s'appliquent en cas de divorce que si le contrat de mariage le prévoit expressément (art. 217 CC). Dans un tel contrat, l'attribution d'un montant déterminé en argent ou l'exclusion de certains actifs de la participation au bénéfice était autorisée. Le contrat de mariage est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions du droit applicable au fond ou du droit du lieu où l'acte a été passé (art. 56 LDIP). Étant donné que les parties avaient conclu la Convention aux Etats-Unis et qu'elles y étaient alors également domiciliées, les exigences de forme de ce droit trouvaient application. Quant au fond, le contrat de mariage était soumis au droit applicable au régime matrimonial (soit le droit suisse en application de l'art. 54 al. 1 let. a LDIP). Les parties avaient conclu la Convention le 12 février 2009 devant notaire. Aucune partie ne s'était prévalué d'un vice de forme, et il n'y avait aucune raison d'en suspecter un. Les parties avaient stipulé dans le contrat de mariage en question que l'allocation de CHF 300'000.- à chacune d'elles devrait également s'appliquer dans une procédure de divorce future (consid. 4.1.2).

La Convention correspondait à la libre volonté des parties, était claire et complète et la créance de CHF 300'000.- n'était pas manifestement inéquitable. Par conséquent, la Sentence pouvait être ratifiée, en ce qui concerne le montant de CHF 300'000.-, sur la base de l'art. 279 al. 1 CPC. En revanche, un taux d'intérêt de 12% apparaissait manifestement inéquitable au regard du niveau actuel des taux d'intérêt par rapport à l'époque à laquelle la sentence arbitrale avait été rendue, raison pour laquelle il ne pouvait pas être ratifié. Il convenait ainsi d'accorder à l'intimée un taux d'intérêt de 5% dès le 5 mars 2010. Puisque le recourant n'avait pas formulé d'objection à l'encontre de la répartition des frais opérée dans la Sentence, il devrait également verser à l'intimée un montant de USD 1'650.- à ce titre (consid. 4.1.3).

Le Tribunal fédéral parvient à une conclusion très différente, sans toutefois se rallier à la décision du tribunal de première instance qui, pour sa part, avait refusé d'attribuer des effets tant à la Convention qu'à la Sentence.

En premier lieu, le Tribunal fédéral procède à l'interprétation de la Convention en application des règles générales d'interprétation du droit des contrats³. L'objectif de l'interprétation est avant tout de déterminer la réelle et commune intention des parties (art. 18 al. 1 CO), intention que le Tribunal cantonal n'a pas établie en l'espèce. Le recourant ne se plaint cependant pas d'une constatation inexacte des faits à cet égard. S'il n'est pas établi de réelle et commune intention des parties, il faut apprécier le contenu du contrat selon le principe de la confiance. Les déclarations sont alors à interpréter dans le sens que les parties pouvaient et devaient leur donner selon les règles de la bonne foi, d'après leur texte et leur contexte,

³ ATF 139 III 404, consid. 7.1.

mais également au vu de l'ensemble des circonstances⁴. L'interprétation s'opère en principe *ex tunc*, c'est-à-dire en tenant compte du moment ou de la période de la conclusion du contrat⁵. Le texte est le point de départ de l'interprétation⁶. Le tribunal doit cependant aussi tenir compte de ce qui apparaît adéquat, car on ne saurait supposer que les parties ont souhaité opter pour une solution déraisonnable⁷. L'interprétation selon le principe de la confiance est une question de droit, que le Tribunal fédéral revoit librement⁸ (consid. 4.2.1).

En l'espèce, le Tribunal fédéral considère que la Convention comporte à la fois un volet relevant du droit des obligations et un volet relevant du droit des régimes matrimoniaux.

D'une part, est de nature obligationnelle la volonté concordante des parties selon laquelle chacune reçoit la moitié du solde du compte Fidelity, soit environ CHF 300'000.-.

D'autre part, la Convention relève du droit des régimes matrimoniaux, en ce que selon le texte même du contrat, les parties entendaient convertir des valeurs patrimoniales considérées comme des biens matrimoniaux en biens distincts (« to convert certain marital property into separate property »), et par là même les soustraire à la liquidation du régime matrimonial future (« not to be re-distributed in any future division of property »). En outre, la Convention ne devait pas porter atteinte à la qualification d'autres valeurs patrimoniales sous l'angle du régime matrimonial (« this Agreement does not purport to establish or alter the character of any other property owned either separately or jointly by the parties ») ; une liquidation future du régime matrimonial était donc réservée (« if the parties pursue a legal separation or marital separation in the future, the characterization of all other property is reserved for those future proceedings »). Les parties ont ainsi procédé à une liquidation anticipée relative à un bien matrimonial (« equal pre-distributions of marital property »). Contrairement à ce qu'a retenu l'instance précédente, selon une interprétation en vertu du principe de la confiance, on ne saurait admettre que les parties ont conclu une convention portant sur une participation au bénéfice de l'union conjugale autre que celle prévue par la loi. En qualifiant la Convention comme telle au sens de l'art. 216 CC, le Tribunal cantonal a violé le droit fédéral (consid. 4.2.2).

Le Tribunal fédéral constate ensuite que le volet de nature obligationnelle de la Convention a déjà fait l'objet d'une sentence arbitrale, dont il convient de déterminer si elle peut être reconnue et exécutée dans la présente procédure de divorce (consid. 5).

Après avoir rappelé le contenu de la Sentence (consid. 5.1), le Tribunal fédéral en vient aux conditions de la reconnaissance et de l'exécution (consid. 5.2). A cet égard, la CNY s'applique, comme le prévoit l'art. 194 LDIP. Celle-ci instaure une liste exhaustive de motifs pour lesquels la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale peuvent être refusées. Son art. V para. I énumère les motifs de refus qui ne sont examinés que sur requête d'une partie. A teneur de cette disposition, la reconnaissance et l'exécution de la sentence sont refusées si la convention d'arbitrage n'était pas valable (let. a), si le tribunal arbitral a violé le droit d'être entendu de cette partie (let. b), si le tribunal arbitral a statué *extra* ou *ultra petita* (let. c), si la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la

⁴ ATF 142 III 239, consid. 5.2.1.

⁵ Arrêt 5A_927/2017 du 8 mars 2018, consid. 6.1, et les références.

⁶ ATF 142 III 671, consid. 3.3.

⁷ ATF 144 III 327, consid. 5.2.2.1 *in fine*, et les références.

⁸ P. ex. ATF 142 III 239, consid. 5.2.1 ; 132 III 268, consid. 2.3.2 ; chacun avec les références.

convention des parties ou aux dispositions autrement applicables (let. d) ou enfin si la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par une autorité compétente (let. e). Les motifs de refus selon les lettres a, b et d ont en commun que la partie qui aurait pu soulever une objection correspondante dans la procédure arbitrale mais qui s'en est abstenue perd le droit de s'en prévaloir dans la procédure de reconnaissance ou d'exécution⁹. En vertu de l'art. V para. II CNY, la reconnaissance et l'exécution peuvent en outre être refusées d'office lorsque, selon la *lex fori*, le différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage (let. a) ou s'il est constaté que celles-ci seraient contraires à l'ordre public du lieu où elles sont requises (let. b).

En l'espèce, le recourant fait valoir que l'intimée n'a jamais sollicité la ratification de la Sentence, si bien que l'instance précédente, en procédant néanmoins à sa ratification, aurait violé la maxime de disposition prévue à l'art. 58 al. 1 CPC. Le Tribunal fédéral considère que ce grief est inopérant : selon lui, dans la mesure où la Sentence ne porte que sur le volet obligationnel de la Convention, elle n'est pas soumise à ratification selon l'art. 279 CPC. Il est uniquement question de déterminer si elle doit être reconnue et exécutée en application de la CNY (consid. 5.3).

Le recourant fait ensuite valoir que le Tribunal cantonal a violé le droit fédéral en admettant que l'intimée eût saisi le tribunal arbitral le 29 décembre 2009 et qu'il avait été dûment informé de l'ouverture de la procédure arbitrale le lendemain, faits invoqués par l'intimée après l'ouverture des débats principaux, alors que les conditions de l'art. 229°al. 1 CPC n'étaient pas remplies. Le Tribunal fédéral rejette ce grief au motif d'un défaut de motivation et d'épuisement des voies de recours, le recourant ne s'en étant pas prévalu devant l'instance précédente (consid. 5.4).

Le recourant fait encore valoir que, dès lors qu'il avait quitté les Etats-Unis le 1^{er} février 2010, l'arbitre aurait dû se déclarer incompétent. En effet, dans la Convention, les parties avaient prévu de s'en remettre à l'arbitrage uniquement tant qu'elles vivraient aux Etats-Unis (« so long as the parties live in the United States »). Ce grief se fonde sur l'art. V para. I let. d CNY. Le Tribunal fédéral considère que d'après l'état de fait établi par l'instance précédente, l'intimée a saisi le tribunal arbitral à un moment où les deux parties étaient toujours domiciliées aux Etats-Unis, tandis que le recourant a été dûment informé de l'ouverture de la procédure arbitrale alors qu'il vivait toujours aux Etats-Unis. Certes, c'est à tort que le Tribunal cantonal a retenu – en contradiction avec la Sentence elle-même – que le recourant avait participé à la procédure d'arbitrage ; cependant, il n'est ni allégué, ni démontré que la correction de cette erreur serait déterminante pour l'issue du procès, tel que l'exige l'art. 97 al. 1 LTF. Quoi qu'il en soit, le recourant, qui n'allègue pas en avoir été empêché, aurait dû soulever l'exception d'incompétence dans la procédure d'arbitrage déjà, sous peine d'être forclos (consid. 5.5).

Enfin, le recourant avance que l'intimée l'aurait induit à contracter la Convention par dol au sens de l'art. 28 CO. En ce qu'il remet en cause la validité de la convention d'arbitrage (au sens

⁹ ATF 57 I 295, consid. 5 à l'époque de la Convention de Genève du 26 septembre 1927 pour l'exécution des sentences arbitrales (ayant précédé la CNY) ; arrêt P.217/1976 du 8 février 1978, consid. 4 *in fine*, in : SJ 1980, p. 74 s. ; PATOCCHI/JERMINI, in : Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 4^e éd. 2021, N 169, 192, 228 et 245 ad. art. 194 LDIP ; BERGER/KELLERHALS, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, 2006, N 1892, 1896 et 1905.

de l'art. V para I let. a CNY), ce grief aurait dû être avancé déjà devant l'arbitre. Le Tribunal fédéral se rallie au Tribunal cantonal sur ce point. Cependant, le motif dont il se prévaut affecte également le fond de la prétention invoquée par l'intimée dans l'arbitrage. A cet égard, le Tribunal fédéral rappelle que la CNY ne permet pas à l'autorité de revoir librement le bien-fondé d'une sentence, mais seulement de refuser sa reconnaissance ou son exécution au motif qu'elle serait contraire à l'ordre public (art. V para. II let. b CNY). En l'occurrence, le recourant n'a fait valoir de violation de l'ordre public ni en seconde instance, ni devant le Tribunal fédéral. Qui plus est, il n'a pas été invoqué, et il n'apparaît pas non plus, que le résultat de la sentence – soit le paiement de CHF 300'000.- à son épouse – serait contraire à l'ordre public (consid. 5.6 et 5.7).

Ainsi, le Tribunal fédéral considère que la Sentence peut être reconnue et exécutée dans la procédure de divorce, de sorte que l'intimée dispose d'une créance contre le recourant d'un montant de CHF 300'000.- avec intérêts à 5% l'an dès le 5 mars 2010 (l'intimée n'ayant pas recouru contre le refus de reconnaître le taux de 12% fixé dans la Sentence) (consid. 5.8).

Le raisonnement du Tribunal fédéral ne s'arrête cependant pas là : celui-ci en vient au volet de la Convention relatif au régime matrimonial, lequel n'est pas concerné par la Sentence. Il n'est donc pas question à cet égard d'une reconnaissance sur la base de la CNY, mais plutôt d'examiner si la Convention lie le juge du divorce (consid. 6).

Le régime matrimonial est régi par le droit choisi par les époux (art. 52 al. 1 LDIP). Les époux peuvent choisir le droit de l'Etat dans lequel ils sont tous deux domiciliés ou seront domiciliés après la célébration du mariage, ou le droit de l'Etat dont l'un deux a la nationalité (art. 52 al. 2 LDIP). L'élection de droit doit être convenue par écrit ou ressortir d'une façon certaine des dispositions du contrat de mariage (art. 53 al. 1 LDIP). Elle peut être faite ou modifiée à tout moment. Si elle est postérieure à la célébration du mariage, l'élection de droit rétroagit au jour du mariage, sauf si les parties en conviennent autrement (art. 53 al. 2 LDIP). Le droit choisi reste applicable tant que les époux n'ont pas modifié ou révoqué ce choix (art. 53 al. 3 LDIP). Cependant, en vertu du principe de l'unité du régime matrimonial, une élection de droit partielle est exclue ; à cet égard, le Tribunal fédéral se réfère à de nombreux avis doctrinaux¹⁰.

En l'espèce, les parties ont élu le droit de l'Etat de Washington, à savoir le droit de l'Etat dans lequel elles étaient toutes deux domiciliées au moment de la conclusion de la Convention. Elles ont procédé par écrit. Il n'est ni allégué, ni démontré que les époux auraient par la suite choisi un droit différent ou révoqué leur élection de droit. Cependant, la Convention est expressément limitée à certains biens ; l'élection de droit est donc partielle et, par là même, inadmissible (consid. 6.1).

¹⁰ BUCHER, Droit international privé suisse, Tome II, 1992, N 460 ; BUCHER, in : Commentaire romand, Loi sur le droit international privé – Convention de Lugano, 2011, N 10 ad. art. 52 LDIP ; COURVOISIER, in : Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 4^e éd. 2021, N 5 ad. art. 52 LDIP ; DUTOIT, Droit international privé, 5^e éd. 2016, N 3 ad. art. 52 LDIP ; JAMETTI/GREINER/GEISER, Die güterrechtlichen Regeln des IPR-Gesetzes, in : ZBJV 1991, p. 14 ; KREN KOSTKIEWICZ, Schweizerisches Internationales Privatrecht, 2^e éd. 2018, N 1239 ; WIDMER LÜCHINGER, in : Zürcher Kommentar, Internationales Privatrecht, 3^e éd. 2018, N 29 ad. art. 52 LDIP ; ZEITER/KOLLER, in : Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Internationales Privatrecht, 3^e éd. 2016, N 3 ad. art. 52 LDIP.

Si les époux n'ont pas fait d'élection de droit (valable), le régime matrimonial est régi par le droit de l'Etat dans lequel les deux époux sont domiciliés en même temps ou, si tel n'est pas le cas, par le droit de l'Etat dans lequel, en dernier lieu, les deux époux ont été domiciliés en même temps (art. 54 al. 1 lit. a et b LDIP). Si les époux transfèrent leur domicile d'un Etat dans un autre, le droit du nouveau domicile est applicable et rétroagit au jour du mariage (art. 55 al. 1, 1^{ère} phrase LDIP). Les époux peuvent convenir par écrit d'exclure la rétroactivité (art. 55 al. 1, 2^{ème} phrase LDIP). Le changement de domicile n'a pas d'effet sur le droit applicable si les époux sont convenus par écrit de maintenir le droit antérieur ou lorsqu'ils sont liés par un contrat de mariage (art. 55 al. 2 LDIP).

La validité matérielle du contrat de mariage et ses effets relèvent du droit régissant le régime matrimonial¹¹. Par contrat de mariage au sens de l'art. 55 al. 2 ou 56 LDIP, il faut entendre tout acte juridique bilatéral par lequel les époux règlent leur régime matrimonial, pour l'essentiel en se soumettant à un régime matrimonial particulier d'un ordre juridique déterminé¹².

Le Tribunal fédéral est d'avis que les parties n'ont en l'occurrence pas convenu d'un régime matrimonial particulier prévu par un ordre juridique déterminé, de sorte qu'elles n'ont pas conclu de contrat de mariage au sens de l'art. 55 al. 2 LDIP. Elles n'ont pas non plus convenu d'exclure la rétroactivité en cas de changement de domicile. Le régime matrimonial des époux est donc régi par le droit de l'Etat dans lequel ils ont tous deux leur domicile en même temps (art. 54 al. 1 let. a LDIP), soit le droit suisse (consid. 6.2).

En droit suisse, les époux sont placés sous le régime de la participation aux acquêts, à moins qu'ils n'aient adopté un autre régime par contrat de mariage ou qu'ils ne soient soumis au régime matrimonial extraordinaire (art. 181 CC). Le contrat de mariage peut être passé avant ou après la célébration du mariage (art. 182 al. 1 CC). Les parties ne peuvent adopter un régime, le révoquer ou le modifier que dans les limites de la loi (art. 182 al. 2 CC)¹³. Le contrat de mariage ne peut avoir pour objet que le régime matrimonial dans son ensemble ou certaines modifications particulières d'un régime matrimonial déterminé (par exemple celles prévues aux art. 199 et 216 CC) ; un morcèlement du régime matrimonial est donc interdit¹⁴. Les époux ne peuvent choisir qu'entre les régimes matrimoniaux de la participation aux acquêts, de la communauté de biens et de la séparation de biens ; un mélange de ces trois régimes matrimoniaux n'est pas autorisé. Le choix d'un régime matrimonial porte sur l'ensemble des biens des époux et une restriction à une partie spécifique de leur patrimoine n'est pas non plus admissible¹⁵. Or, en l'espèce, les parties ont prévu une liquidation partielle du régime matrimonial. Le Tribunal fédéral considère ainsi que la Convention ne saurait être ratifiée au sens de l'art. 279 CPC (consid. 6.3).

¹¹ Arrêt 2C_720/2011 du 29 février 2012, consid. 2.2 ; COURVOISIER, *op. cit.* n. 10, N 3 ad. art. 56 LDIP ; DUTOIT, *op. cit.* n. 10, N 1 ad. art. 56 LDIP ; WIDMER LÜCHINGER, *op. cit.* n. 10, N 4 ad. art. 56 LDIP ; ZEITER/KOLLER, *op. cit.* n. 10, N 2 ad. art. 56 LDIP.

¹² Arrêt 2C_720/2011 du 29 février 2012, consid. 2.2 ; COURVOISIER, *op. cit.* n. 10, N 4 ad. art. 56 LDIP ; WIDMER LÜCHINGER, *op. cit.* n. 10, N 3 ad. art. 56 LDIP ; ZEITER/KOLLER, *op. cit.* n. 10, N 1 ad. art. 56 LDIP.

¹³ Voir aussi ATF 95 II 216, consid. 5.

¹⁴ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, *Les effets du mariage*, 3^e éd. 2017, N 773a ss ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, in : *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch*, 6^e éd. 2018, N 2 ad. art. 182 CC.

¹⁵ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, *op. cit.* n. 14, N 781 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, *op. cit.* n. 14, N 16 ad. art. 182 CC.

En conséquence, le Tribunal fédéral renvoie la cause à la cour cantonale afin que celle-ci procède à nouveau à la liquidation du régime matrimonial en tenant compte des éléments suivants : l'intimée a contre le recourant une créance de CHF 300'000.-, majorée des intérêts à 5% depuis le 5 mars 2010, laquelle doit être réglée dans le cadre du divorce (art. 205 al. 3 CC) ; ensuite, la créance de l'intimée et la dette correspondante du recourant doivent être qualifiées au regard du droit des régimes matrimoniaux (art. 209 al. 2 CC) et être disjointes (art. 207 al. 1 CC) (consid. 7).

III. Analyse

Nous revenons ci-après sur la qualification de la Convention du 12 février 2009 opérée par le Tribunal fédéral (*infra* A), avant de nous pencher sur la compétence des tribunaux suisses pour interpréter une telle convention en présence d'une clause d'arbitrage ; à cet égard, nous envisageons l'hypothèse où la clause compromissoire n'aurait pas été limitée à la durée pendant laquelle les parties étaient domiciliées aux Etats-Unis (*infra* B). Nous apportons enfin quelques remarques sur la reconnaissance de la Sentence arbitrale et ses conséquences (*infra* C), ainsi que sur l'examen de la validité de la Convention effectué par le Tribunal fédéral (*infra* D).

A. Qualification *lex fori*

Au cœur de cette affaire, on trouve l'« Agreement Regarding Status of Property » passé devant notaire par les époux du temps de leur vie commune. Cette Convention règle d'une part le partage de certaines valeurs patrimoniales spécifiques détenues en commun, à savoir le compte Fidelity, en prévoyant que les avoirs sur ce compte doivent être immédiatement répartis par moitié entre eux. D'autre part, la Convention détermine les implications de ce partage anticipé sur la liquidation future du régime matrimonial des époux.

Ce constat conduit le Tribunal fédéral à traiter séparément ces deux volets de la Convention. Il commence par caractériser le premier volet comme relevant du droit des obligations (*schuldrechtliche Komponente*) et le second comme relevant du droit des régimes matrimoniaux (*güterrechtliche Komponente*). A cet effet, le Tribunal fédéral procède à une interprétation contractuelle, fondée, en l'absence de volonté réelle et commune des parties, sur le principe de la confiance. Le Tribunal fédéral applique donc le droit suisse à l'interprétation d'un contrat qui comporte une élection de droit en faveur d'un droit étranger (« the validity, construction, and enforceability of this Agreement shall be determined in accordance with and under the laws of the State of Washington »).

Ce recours aux règles générales d'interprétation du droit suisse des obligations dans une situation comportant des éléments d'extranéité et sans détermination préalable quant au droit applicable peut interpeller. Cependant, on rappellera que selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la qualification d'un acte étranger s'opère selon la *lex fori*, c'est-à-dire d'après le droit de l'Etat dont les autorités sont saisies¹⁶.

¹⁶ PAPAUX/CERUTTI, Introduction au droit et à la culture juridique, vol. 2, 2021, p. 34 ; ATF 143 III 51, consid. 2.3 ; 128 III 295, consid. 2.a ; 127 III 553, consid. 2.c ; 127 III 123, consid. 2.c.

Ainsi, pour déterminer quelles dispositions de la LDIP appliquer, le Tribunal fédéral devait commencer par déterminer à quelle catégorie la Convention appartenait au regard du droit suisse.

B. Compétence et exception d'arbitrage

La compétence des tribunaux suisses pour interpréter la Convention peut également être questionnée, compte tenu de la clause d'arbitrage qu'elle comporte (« the parties agree that, so long as the parties live in the United States, disputes involving the interpretation or enforcement of this Agreement shall be subject to binding arbitration with D. »). Vu la teneur particulière de la clause en l'espèce, le Tribunal fédéral n'a pas jugé utile de traiter la question ; en effet, lors de la saisine des tribunaux suisses, chaque partie était désormais domiciliée en Suisse. Pour l'exercice, nous proposons cependant d'explicitier le raisonnement sous-jacent.

Lorsqu'un tribunal suisse est saisi d'une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention d'arbitrage, il doit en principe se déclarer incompétent, sous réserve des exceptions prévues par la loi. A cet égard, lorsque le siège de l'arbitrage se trouve en Suisse, le tribunal applique l'art. 61 CPC (si l'arbitrage est interne), respectivement l'art. 7 LDIP (si l'arbitrage est international) ; en cas de siège à l'étranger (comme en l'espèce), il applique l'art. II para. 3 CNY¹⁷. Notons que (pour l'essentiel à tout le moins¹⁸), malgré quelques différences terminologiques, les exceptions instaurées par ces différentes normes sont similaires (mais le pouvoir d'examen du tribunal change, voir *infra*, p. 10 s.) : notamment, le tribunal admet sa compétence s'il constate que la convention d'arbitrage est caduque ou inopérante (le CPC se réfère à la notion de validité) ou non susceptible d'être appliquée.

En l'occurrence, la convention d'arbitrage a cessé d'opérer lorsque les parties ont quitté les Etats-Unis. Cela explique d'ailleurs qu'aucune partie ne s'en soit prévalu et que, de ce fait, le Tribunal fédéral se soit abstenu de développer ce point : le tribunal ne décline sa compétence que si le défendeur le lui demande (art. II para 3 CNY, cf. également les art. 61 let. a CPC et 7 let. a LDIP lorsque le siège se trouve en Suisse, aux termes desquels le juge décline sa compétence sauf si le défendeur procède au fond sans faire de réserve).

Qu'en aurait-il été toutefois si la clause compromissoire n'avait pas prévu de limite temporelle relative à la durée du domicile des époux aux Etats-Unis ?

Selon la jurisprudence, lorsqu'il applique l'art. 7 LDIP, à savoir si le siège du tribunal arbitral est en Suisse, le juge suisse doit s'en tenir à un examen *prima facie*, afin de ne pas préjuger de la décision du tribunal arbitral sur sa propre compétence¹⁹. Le juge ne décline donc sa compétence que « si l'examen sommaire de la convention d'arbitrage ne lui permet pas de constater que celle-ci est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée »²⁰. La

¹⁷ TSCHANZ, in : Commentaire romand, Loi sur le droit international privé – Convention de Lugano, 2011, N 2 et 3 ad. art. 7 LDIP ; ATF 122 III 139, consid. 2.a ; 121 III 38, consid. 2.b ; 110 II 54, consid. 2 et 3a.

¹⁸ A ce sujet, voir p. ex. BERGER/KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 2015, N 322 et 710 ss ; TSCHANZ, *op. cit.* n. 17, N 4 ss ad. art. 7 LDIP.

¹⁹ ATF 122 III 139, consid. 2.b.

²⁰ ATF 122 III 139, consid. 2.b. Cette solution est critiquée en doctrine, cf. not. BERGER/KELLERHALS, 2015, *op. cit.* n. 18, N 333 et 336 ss ; TSCHANZ, *op. cit.* n. 17, N 28 ss ad. art. 7 LDIP.

même solution devrait s'appliquer lorsque le juge statue sur la base de l'art. 61 CPC²¹ ; en revanche, pour déterminer, dans une première étape, si « les parties ont conclu une convention d'arbitrage portant sur un litige arbitral » (selon le texte de cette disposition, qui est le même qu'à l'art. 7 LDIP), la jurisprudence prévoit que le juge use d'un plein pouvoir de cognition ; au contraire, lorsqu'il applique l'art. 7 LDIP, il doit s'en tenir à un examen sommaire sur ce point également²². Lorsque le siège de l'arbitrage est à l'étranger, le tribunal suisse statue sur la base de l'art. II para. 3 CNY avec un plein pouvoir d'examen sur l'exception d'arbitrage ; ceci s'explique du fait que dans un tel cas, les tribunaux suisses n'auront pas l'occasion de statuer comme autorité de recours sur la décision du tribunal arbitral quant à sa propre compétence²³.

Ainsi, la réponse à la question susmentionnée est susceptible de varier selon que la convention prévoit un arbitrage interne ou international avec siège en Suisse, ou encore un arbitrage sis à l'étranger (comme dans le cas d'espèce), ce en fonction du pouvoir d'examen de l'autorité. A cela s'ajoute que les règles régissant la validité de la convention d'arbitrage peuvent également diverger. Lorsque le siège de l'arbitrage se trouve en Suisse, les art. 353 ss CPC s'appliquent si l'arbitrage est interne, tandis que le chapitre 12 de la LDIP s'applique si l'arbitrage est international. Lorsque l'arbitrage est sis à l'étranger et que le juge examine la validité de la convention sur la base de l'art. II para. 3 CNY, il devra appliquer, quant à la forme, l'art. II para. 2 CNY ; s'agissant de la validité matérielle, la doctrine majoritaire et la jurisprudence retiennent qu'il convient d'appliquer l'art. V para. 1 let. a CNY par analogie (qui régit le droit applicable à la validité de la convention devant l'autorité saisie de la reconnaissance ou de l'exécution d'une sentence)²⁴ ; la validité matérielle de la convention d'arbitrage doit donc être examinée au regard de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée (la *lex causae*) ou, à défaut d'une indication à cet égard, de la loi du siège de l'arbitrage (la *lex arbitri*)²⁵. Il s'ensuit que les conditions de validité de la convention d'arbitrage ne seront pas (nécessairement) les mêmes dans ces différents scénarios. Si l'on s'en tient au cas d'espèce, le siège de l'arbitrage se trouvait aux Etats-Unis ; le juge suisse aurait donc dû examiner, avec un plein pouvoir de cognition, si la convention d'arbitrage était valable d'après un droit étranger.

L'examen de la validité de la convention d'arbitrage, que ce soit en application de l'art. 61 CPC, de l'art. 7 LDIP ou de l'art. II para. 3 CNY, implique de déterminer si son objet est arbitral. Nous poursuivons ici notre hypothèse en admettant que le droit suisse soit applicable à cette question ; nous adaptons donc le scénario, en considérant soit que la convention d'arbitrage

²¹ BERGER/KELLERHALS, 2015, *op. cit.* n. 18, N 335. D'ailleurs, l'art. 61 CPC, au contraire de l'art. 7 LDIP, spécifie que le tribunal admet sa compétence si « *manifestement*, la convention d'arbitrage n'est pas valable ou ne peut être appliquée » ou si « le tribunal arbitral, pour des raisons *manifestement* dues au défendeur de la procédure arbitrale, n'a pas pu être constitué ».

²² C'est seulement dans une seconde étape qu'il détermine si, manifestement – donc selon un examen sommaire –, la convention n'est pas valable ou ne peut être appliquée (arrêt 5A_907/2017 du 4 avril 2018, consid. 5.1.1). A l'inverse, l'arrêt 5A_22/2013 du 30 juin 2014, consid. 2.2 retient que lorsque le juge applique l'art. 7 LDIP, il détermine également selon un examen sommaire si « les parties ont conclu une convention d'arbitrage portant sur un litige arbitral ».

²³ ATF 122 III 139, consid. 2.b ; 121 III 38, consid. 2.b.

²⁴ BERGER/KELLERHALS, 2015, *op. cit.* n. 18, et les références citées, qui cite l'arrêt 5C.215/1994 du 21 mars 1995, consid. E.2.b.

²⁵ Ibid.

prévoit un siège en Suisse, soit qu'elle élit le droit suisse comme *lex causae*. En droit suisse, l'arbitrabilité est régie, dans l'arbitrage interne, par l'art. 354 CPC et, dans l'arbitrage international, par l'art. 177 al. 1 LDIP.

Selon l'art. 177 al. 1 LDIP, toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage. En l'occurrence, la Convention, dans son volet relatif au régime matrimonial (comme d'ailleurs de manière évidente dans son volet de nature obligationnelle) répond à cette définition. En effet, les prétentions relatives au régime matrimonial sont clairement de nature patrimoniale²⁶. Est cependant controversée la nécessité de faire ratifier par le juge du divorce la sentence portant sur la dissolution du régime matrimonial²⁷ ; quoi qu'il en soit, puisque la ratification (si tant est qu'elle soit nécessaire) n'intervient qu'à l'issue de la procédure arbitrale, son absence en amont ne peut logiquement pas faire obstacle à la compétence du tribunal arbitral.

Selon l'art. 354 CPC, l'arbitrage peut avoir pour objet toute prétention qui relève de la libre disposition des parties. Pour autant que le contrat soit soumis au droit suisse²⁸, l'arbitrabilité du volet relatif au droit matrimonial est moins évidente que celle du volet obligationnel. En effet, la libre disponibilité de la liquidation du régime matrimonial, sur laquelle les époux peuvent (et sont même, en pratique, encouragés à) passer une convention, est débattue en doctrine, du fait qu'une telle convention est soumise à la ratification du juge du divorce, qui vérifiera que les époux l'ont conclue après mûre réflexion et de leur plein gré, qu'elle est claire et complète et qu'elle n'est pas manifestement inéquitable (art. 279 CPC)²⁹. Là encore, certains auteurs qui admettent l'arbitrabilité estiment que la sentence arbitrale doit par contre être ratifiée³⁰. Notons que dans l'ATF 87 I 291³¹, rendu sous l'empire de l'ancien Concordat sur l'arbitrage du 27 août 1969, abrogé en 2005, lequel prévoyait également que l'arbitrage pouvait porter sur tout droit qui relève de la libre disposition des parties, le Tribunal

²⁶ MABILLARD/BRINER, in : Basler Kommentar Internationales Privatrecht, 4^e éd. 2021, N 11 ad. art. 177 LDIP ; VOSER/GIRSBERGER, International Arbitration, 4^e éd. 2021, N 436 ; PFISTERER/SCHNYDER, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, 2021, p. 26 ; KREN KOSTKIEWICZ, OFK IPRG/LugÜ, 2^e éd. 2019, N 9 ad. art. 177 LDIP ; OETIKER, Zürcher Kommentar zum IPRG, Band II – art. 108a-200, 3^e éd. 2018, N 43 ad. art. 177 LDIP ; ORELLI, in : Arbitration in Switzerland, The Practitioner's Guide, 2^e éd. 2018, N 13 ad. art. 177 LDIP ; FURRER/GIRSBERGER/AMBAUEN, CHK Internationales Privatrecht, art. 1-200 IPRG, 3^e éd. 2016, N 14a ad. art. 177 LDIP ; BERGER/KELLERHALS, 2015, *op. cit.* n. 18, N 213 et 223 ; COURVOISIER, Zur Schiedsfähigkeit familienrechtlicher Angelegenheiten, in : FamPra.ch 2012, p. 25 ; RÜEDE/HADENFELDT, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht: nach Konkordat und IPRG, 2^e éd. 1993, p. 49.

²⁷ ATF 87 I 291 ; TSCHANZ, *op. cit.* n. 17, N 28 ad. art. 177 LDIP.

²⁸ Le critère de la libre disponibilité de la prétention étant à déterminer selon la *lex causae*, soit la loi applicable au contrat (typiquement, dans un arbitrage interne suisse, le droit suisse). A ce sujet, cf. p. ex. BERGER/KELLERHALS, 2015, *op. cit.* n. 18, N 206, 258 et 261.

²⁹ En faveur : VOSER/GIRSBERGER, *op. cit.* n. 26, N 436 ; WEBER-STECHER, in : Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3^e éd. 2017, N 32 ad. art. 354 CPC ; COURVOISIER/WENGER, in : Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3^e éd. 2016, N 11 ad. art. 354 CPC ; BERGER/KELLERHALS, 2015, *op. cit.* n. 18, N 223 ; COURVOISIER, 2012, *op. cit.* n. 26, p. 30 ss et 36 ; RÜEDE/HADENFELDT, *op. cit.* n. 26, p. 49 ; *contra* : GÖKSU, in : Petit commentaire Code de procédure civile, 2020, N 12 ad. art. 354 CPC. Cet auteur considère cependant qu'il en va différemment si le divorce a déjà été prononcé alors que les époux ont été renvoyés à faire trancher la question dans une procédure séparée (art. 283 al. 2 CPC), la ratification n'étant alors plus requise. Aussi *contra* : STACHER, in : ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar, 2^e éd. 2016, N 14 ad. art. 354 CPC ; PFISTERER, in : Berner Kommentar ZPO, 2014, N 19 ad. art. 354 CPC.

³⁰ WEBER STECHER, *op. cit.* n. 29, N 32 ad. art. 354 CPC ; BERGER/KELLERHALS, 2015, *op. cit.* n. 18, N 223.

³¹ Cf. *op. cit.* n. 2.

fédéral a laissé la question ouverte, considérant que faute d'approbation de la sentence, celle-ci ne pouvait en tout état pas être exécutée, sous peine de violer l'ordre public.

Au regard de ce qui précède, il nous semble que le volet de la convention relatif au régime matrimonial devrait a priori être considéré arbitral, à tout le moins selon l'art. 177 LDIP. Ainsi, pour autant que la convention d'arbitrage soit valable par ailleurs (à la forme et matériellement, notamment en l'absence de vices de consentement), et qu'il n'existe pas d'autre motif s'opposant à renvoyer les parties à l'arbitrage (art. 61 CPC, 7 LDIP ou II para. 3 CNY), les tribunaux suisses, dans le scénario envisagé, devraient à notre sens décliner leur compétence, au profit de l'arbitrage.

Une réserve mérite encore d'être mentionnée. Il est débattu en doctrine de savoir si l'incompatibilité avec l'ordre public peut constituer une limite matérielle supplémentaire à l'arbitrabilité³². Le Tribunal fédéral n'a pour sa part encore jamais scellé cette question à notre connaissance³³. Celle-ci peut être posée ainsi : si une cause est patrimoniale, respectivement librement disponible, et donc a priori arbitral, faut-il en sus se demander si la soumettre à l'arbitrage porte atteinte à l'ordre public ? Ou alors, faut-il permettre l'arbitrage, sous peine que la sentence soit éventuellement sanctionnée ultérieurement pour ce motif ?

Sans prétendre à résoudre cette question, il convient cependant de relever que l'admissibilité d'une clause d'arbitrage portant sur la dissolution d'une partie seulement du régime matrimonial des époux pose certains problèmes ; ceux-là mêmes que le principe de l'unité du régime matrimonial mentionné dans l'arrêt considéré cherche à éviter.

C. Reconnaissance de la Sentence

En l'occurrence, le Tribunal fédéral a considéré, à l'inverse de l'autorité de première instance, que la Sentence devait être reconnue ; cependant, contrairement à la seconde instance, il a estimé qu'il n'était pas nécessaire, pour pouvoir reconnaître la Sentence, que celle-ci soit ratifiée au préalable par le juge du divorce au sens de l'art. 279 CPC.

A l'appui de ce constat, notre Haute Cour retient que la Sentence porte exclusivement sur le volet obligationnel de la Convention, par lequel les parties se sont entendues pour partager le solde de leur compte Fidelity, de sorte que chacune devait récupérer environ CHF 300'000.- ; en application de cette Convention, l'arbitre D. a condamné l'époux à verser ledit montant à l'épouse. Dans ce contexte, le Tribunal fédéral a ainsi retenu que la Convention, comme la Sentence y relative, ne portait pas sur la liquidation du régime matrimonial, mais sur le règlement d'obligations ordinaires entre les époux. Il s'agissait donc, à cet égard, d'un contrat comme un autre par lequel les parties avaient disposé de leurs biens.

Pour juger de la reconnaissance d'une sentence étrangère, les tribunaux suisses appliquent la CNY (art. 194 LDIP) et, en particulier, son art. V, qui expose, de manière exhaustive, les motifs justifiant un refus de reconnaissance. Notamment, l'art. V para. 2 CNY prévoit que la reconnaissance peut être refusée si l'autorité constate que, d'après son propre droit, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage (let. a) ou que la reconnaissance serait contraire à l'ordre public (let. b). De fait, le Tribunal fédéral fait donc

³² P. ex. VOSER/GIRSBERGER, *op. cit.* n. 26, N 426 ; PLANINIC/ERK, in : OFK ZPO, 2^e éd. 2015, N 8 s. ad. art. 354 CPC.

³³ BERGER/KELLERHALS, 2015, *op. cit.* n. 18, N 268.

application de cette disposition lorsqu'il examine si la Sentence était soumise à l'exigence de ratification de l'art. 279 CPC. A cet égard, notons, comme déjà mentionné, que dans l'ATF 87 I 291³⁴, le Tribunal fédéral a estimé que l'absence d'approbation d'une sentence relative à la liquidation du régime matrimonial violait l'ordre public.

En l'occurrence, le Tribunal fédéral estime que l'absence de ratification ne fait pas obstacle à la reconnaissance de la Sentence. En effet, une telle ratification n'est pas requise en droit suisse pour des actes juridiques passés entre époux qui ne concernent pas les effets du divorce (art. 111 s. et 279 s.) ou de la séparation de corps (art. 117 al. 1 CC), respectivement de la dissolution du partenariat enregistré (art. 27 LPart et 307 CPC). En l'espèce, le partage du compte Fidelity des époux n'était pas envisagé comme un effet du divorce, puisqu'il était prévu immédiatement et hors toute procédure judiciaire. Ainsi, une ratification n'était pas requise, si bien qu'en l'absence d'autres motifs de refus, la Sentence pouvait être reconnue sans autre. Notons que ce constat est renforcé par le fait qu'en droit suisse, l'art. 168 CC prévoit expressément que chaque époux peut, sauf disposition légale contraire, faire tous actes juridiques avec son conjoint.

Enfin, il est intéressant de relever que, suivant le raisonnement *supra*, la Sentence, qui porte sur le paiement d'une somme d'argent, valait titre de mainlevée définitive au sens de l'art. 80 al. 1³⁵. En effet, le juge saisi d'une requête de mainlevée définitive de l'opposition sur la base d'une sentence arbitrale en prononce l'exécution après avoir vérifié, à titre préliminaire, que les conditions de la CNY sont respectées (à moins qu'un tribunal suisse se soit déjà prononcé, cf. art. 80 al. 3 LP)³⁶, ce qui, selon le Tribunal fédéral, est le cas en l'espèce. De la même manière, la Sentence pouvait donner lieu à séquestre, sur la base de l'art. 271 al. 1 ch. 6 LP³⁷. Vu, cependant, les conclusions divergentes auxquelles sont parvenues les instances précédentes dans cette affaire, l'on peut aisément admettre que le parcours pour obtenir l'exécution de la Sentence indépendamment de la procédure de divorce aurait pu, lui aussi, être semé d'embûches. En effet, l'épouse n'aurait pas été à l'abri qu'un juge saisi de l'exécution refuse de reconnaître la Sentence, comme cela a été le cas des juges de première et seconde instance en l'espèce. En tout état, même si l'épouse avait pu obtenir l'exécution de la Sentence en amont, le résultat final n'aurait pas été différent, puisque ce paiement aurait ensuite dû être pris en compte dans la liquidation du régime matrimonial tel que décidé par le Tribunal fédéral.

D. Validité de la Convention

Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral a refusé d'attribuer des effets à l'élection de droit figurant dans la Convention, considérant qu'en droit suisse, une élection partielle de droit, ne visant qu'une partie du patrimoine des époux, n'était pas valable car contraire au principe de l'unité du régime matrimonial (*Grundsatz der Einheit des Güterrechts*). La *ratio* de cette

³⁴ Cf. *op. cit.* n. 2.

³⁵ P. ex. STAEHELIN, in : Basler Kommentar SchKG, 3^e éd. 2021, N 8 ad. art. 81 LP ; VOSER/GIRSBERGER, *op. cit.* n. 26, N 1759 ; BERGER/KELLERHALS, 2015, *op. cit.* n. 18, N 2029.

³⁶ Ibid.

³⁷ VOSER/GIRSBERGER, *op. cit.* n. 26, N 1759a ; BERGER/KELLERHALS, 2015, *op. cit.* n. 18, N 2016 et 2029, se référant à l'ATF 139 III 135, consid. 4, qui confirme qu'un séquestre peut être prononcé sur la base d'une sentence arbitrale définitive.

interdiction tient au fait qu'un « morcellement » des règles applicables au régime matrimonial rendrait excessivement complexe la dissolution du régime matrimonial³⁸.

A défaut d'élection de droit valable, le droit suisse devait s'appliquer ici, compte tenu du domicile des deux époux en Suisse (art. 54 al. 1 let. a et 55 al. 1 LDIP). Or, le Tribunal fédéral a considéré que la Convention n'était pas valable en droit suisse, toujours en vertu du principe de l'unité des régimes matrimoniaux. Ainsi, il n'a pas été nécessaire de se questionner sur l'admissibilité de la Convention en vertu du droit que les parties avaient désigné.

Il nous paraît cependant important de revenir sur un point sur lequel le Tribunal fédéral s'attarde peu : en effet, celui-ci retient que la Convention, dans son volet portant sur le régime matrimonial, n'est pas un contrat de mariage, mais une convention sur les effets du divorce, soumise à ratification au sens de l'art. 279 CPC.

Cette question est importante car, en vertu de l'art. 55 al. 1, 1^{ère} phrase LDIP, en cas de transfert du domicile des époux d'un Etat dans un autre – comme ici des Etats-Unis vers la Suisse –, le droit du nouveau domicile – ici le droit suisse – est applicable et rétroagit au jour du mariage, sauf (notamment) si les époux sont liés par un contrat de mariage ; dans ce cas, le changement de domicile n'a pas d'effet sur le droit applicable (art. 55 al. 2 LDIP). En conséquence, si les époux étaient liés par un contrat de mariage, alors le droit de l'Etat dans lequel ils étaient précédemment domiciliés en même temps aurait été applicable à leur régime matrimonial, et non le droit suisse.

En l'occurrence, le Tribunal fédéral a toutefois jugé que les parties n'étaient pas liées par un contrat de mariage. En effet, il a rappelé que selon sa jurisprudence antérieure, est qualifié de contrat de mariage au sens de la disposition précitée un acte juridique bilatéral par lequel les époux règlent leur régime matrimonial, pour l'essentiel en se soumettant à un régime matrimonial particulier d'un ordre juridique déterminé. Or, en l'espèce, la Convention ne désignait pas un régime matrimonial particulier prévu par un ordre juridique déterminé.

Le Tribunal fédéral conclut que dès lors que la Convention (dans son second volet) porte sur une partie seulement du patrimoine des époux, ce qui n'est pas admis en droit suisse, elle ne peut pas être ratifiée au sens de l'art. 279 CPC. De ce fait, le Tribunal fédéral considère implicitement que faute d'être qualifié de contrat de mariage, l'acte juridique considéré consiste dans une convention sur les effets accessoires du divorce, soumise à ratification.

Or, selon nous, si la Convention, dans son volet concernant le régime matrimonial, est qualifiée de convention sur les effets accessoires du divorce, le pouvoir d'examen du juge du divorce est alors limité, puisque celui-ci doit se contenter de déterminer si les conditions de l'art. 279 CPC sont remplies. Ainsi, l'on peut se demander si le Tribunal fédéral, en qualifiant la Convention ainsi, n'aurait pas dû s'abstenir de statuer sur la conformité de la Convention au droit, mais laisser le soin à l'instance précédente de déterminer si celle-ci avait été conclue par les époux après mûre réflexion et de leur plein gré, qu'elle était claire et complète et qu'elle n'était pas manifestement inéquitable au sens de l'art. 279 CPC. A moins qu'il ait été lui-même en mesure de considérer que la convention ne respectait pas ces conditions.

³⁸ BUCHER, 2011, *op. cit.* n. 10, N 10 ad. art. 52 LDIP.

IV. Conclusion

Cet arrêt constitue l'une des seules décisions du Tribunal fédéral portant sur les implications d'une sentence arbitrale rendue en matière familiale. Cependant, il ne répond pas à la question laissée ouverte par l'ATF 89 I 291, rendu il y a plus de 60 ans, quant à l'arbitrabilité, selon le critère de la libre disponibilité des prétentions (tel que prévu à l'art. 354 CPC), de la liquidation du régime matrimonial. Il ne revient pas non plus sur la portée actuelle de cet arrêt, d'après lequel en tout état, une sentence arbitrale portant sur la dissolution du régime matrimonial qui n'aurait pas été ratifiée par le juge du divorce ne serait pas susceptible d'être reconnue ou exécutée. Compte tenu du temps écoulé et des modifications législatives introduites dans l'intervalle (chapitre 12 LDIP et art. 353 ss CPC), l'on peut en effet se demander si cette jurisprudence reste pertinente et si elle a toujours lieu d'être.

On remarquera, en revanche, que le Tribunal fédéral, amené à se prononcer sur les effets d'une sentence arbitrale rendue sur un litige entre des époux au sujet de leurs rapports patrimoniaux, ne se montre pas plus restrictif au motif qu'il s'agit d'un contexte relevant du droit de la famille. Au contraire, le Tribunal fédéral confirme que les rapports patrimoniaux ordinaires des époux sont arbitrables en droit suisse et qu'il n'est pas contraire à l'ordre public de reconnaître une sentence arbitrale réglant une dette d'argent qui ne résulte pas du divorce.

Enfin, cet arrêt rappelle utilement ce que les parties peuvent et ne peuvent pas faire en droit suisse des régimes matrimoniaux, et renforce le principe selon lequel le régime matrimonial doit être soumis à un droit et un système unique, ce, vraisemblablement, dans un souci de ne pas complexifier davantage le travail du juge.

De manière générale, cette affaire est révélatrice d'une certaine insécurité juridique eu égard au degré d'autonomie laissée aux époux, dans l'ordre juridique suisse, en droit des régimes matrimoniaux. Si l'arrêt résout certaines questions, en délimitant les possibilités des époux en termes de droit applicable et de « malléabilité » de leur régime matrimonial, il ne précise pas, en revanche, dans quelle mesure ils peuvent soustraire les questions y relatives à la compétence du juge étatique.