

DIVORCE / SÉPARATION DE CORPS

Pourquoi choisir l'arbitrage en matière de divorce ? GPL432p0

L'essentiel

L'arbitrage constitue une alternative à la procédure judiciaire par la désignation d'arbitres compétents que les parties chargent de trancher leur différend.

Il s'inscrit dans le mouvement de contractualisation du droit de la famille, amorcé par la loi du 18 novembre 2016 qui a mis en place le divorce par consentement mutuel, par acte d'avocats.

C'est dans ce contexte particulier qu'il nous revient de réfléchir à une solution alternative pour résoudre les litiges familiaux.

Étude par
Frédérique Bozzi
Conseiller honoraire à la
Cour de cassation
et Dominique PIGNICA
Avocate au barreau de
Paris, ancien membre du
conseil de l'ordre, ancien
membre du CNB

Si l'arbitrage constitue un mode alternatif de règlement des conflits, il n'est pas pour autant un mode amiable mais un mode contentieux, même si la recherche d'accords n'en est pas exclue par principe. En tant que mode alternatif, il fait échapper le litige à la

compétence du juge étatique pour le confier à un tribunal arbitral (ou à un arbitre unique), choisi par les parties. La juridiction ainsi constituée, rémunérée par elles, fait application d'un règlement qui va définir sa mission ainsi que les règles procédurales qui devront être mises en œuvre, étant précisé que la convention d'arbitrage pourra avoir été négociée ou sera celle définie par une institution d'arbitrage.

Si la mise en œuvre de l'arbitrage est fréquente dans la vie des affaires, elle est inexistante en droit de la famille, domaine dans lequel elle pourrait présenter d'indéniables avantages dont la rapidité et la confidentialité ne sont pas les moindres (I).

Ce domaine du droit, pourtant pourvoyeur d'un contentieux très abondant et souvent complexe, reste encore l'apanage exclusif du juge étatique. Est-il possible, en l'état du droit positif, de mettre fin à ce monopole (II) ?

I. LES AVANTAGES DE L'ARBITRAGE EN MATIÈRE DE DIVORCE

Les avantages de l'arbitrage en matière de divorce sont nombreux et pourraient être résumés en quelques mots : efficacité, confidentialité, célérité et sécurité.

La célérité. Nous sommes tous confrontés à la longueur des procédures judiciaires, désolantes pour les justiciables et pour leurs enfants, récemment aggravée par la crise sanitaire et la surcharge de travail dénoncée par la majorité des juges aux affaires familiales et du personnel judiciaire.

Il est fréquent qu'une procédure de divorce dure dix ans et qu'elle soit suivie d'une procédure de liquidation de régime matrimonial de même durée.

Nous sommes tous d'accord pour considérer qu'attendre vingt ans pour trouver une réponse judiciaire à un contentieux familial est une source supplémentaire de souffrance pour les époux qui divorcent.

L'avantage d'un arbitrage est d'obtenir un règlement du litige dans un temps qui sera prévu et maîtrisé par les époux et leurs avocats, dans la convention d'arbitrage.

La certitude. L'avantage d'un arbitrage réside dans la grande liberté de constituer un tribunal arbitral, selon le type du litige, avec des compétences choisies (alliance de professeurs de droit, magistrats honoraires, notaires, avocats...), qui pourra envisager les différends qui lui sont soumis dans leur spécialité (droit international privé, droit immobilier, opérations liquidatives complexes...).

L'efficacité. Nous avons tous été confrontés à des experts indisponibles, peu diligents voire désinvoltes. Ce manque d'intérêt des experts paralyse parfois les procédures dès l'origine quand ils sont désignés sur le fondement de l'article 255, 9° et 10°, du Code civil. Les experts paralysent également quand il s'agit de statuer dans le cadre d'une liquidation de régime matrimonial. Recourir à l'arbitrage permet de s'approprier son litige, de le soumettre à des spécialistes (professionnels qualifiés, expert-comptable, expert immobilier...) en leur donnant les moyens de statuer plus rapidement et plus efficacement.

La confidentialité. Une procédure de divorce, quand elle devient judiciaire, peut le cas échéant échapper au secret. L'intérêt pour certains époux est d'éviter de soumettre à un juge judiciaire leur séparation pour que le secret de celle-ci ne soit pas éventé.

L'équité. Nous verrons qu'en matière de divorce une partie du litige, étant indisponible, ne peut pas être soumise à l'arbitrage : le divorce lui-même, la prestation compensatoire et les contributions alimentaires, conformément aux articles 2059 et 2060 du Code civil.

En revanche et dès lors qu'une instance en divorce est introduite, l'avantage de l'arbitrage est de pouvoir soumettre aux arbitres la liquidation du régime matrimonial et le partage aussi bien pour évaluer les sommes revenant à chacun des époux que les modalités de recouvrement.

Nous devons ajouter que les arbitres peuvent statuer en équité avec une liberté dont ne disposent pas les juridictions étatiques.

La sécurité. La crainte des époux pourrait tenir à l'absence de contrôle du juge. Force est de constater que le contrôle en matière d'arbitrage existe en raison du recours en annulation prévu par l'article 1492 du Code de procédure civile.

II. LE POINT DE VUE DU JUGE JUDICIAIRE

Si les avantages présentés par l'arbitrage et qui viennent d'être rappelés, ne peuvent être contestés, il n'en reste pas moins que, s'agissant du principe du divorce et des conséquences attachées à cette mesure, la possibilité de recourir à cette technique de règlement des conflits ne relève pas de l'évidence.

Préalablement, il faut rappeler les textes : « Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition » (C. civ., art. 2059) et « On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public » (C. civ., art. 2060).

Le prononcé du divorce. Le prononcé du divorce ne peut être en l'état du droit positif soumis à un tribunal arbitral en application de l'article 2060 du Code civil qui exclut cette faculté de manière expresse. Si la mise en œuvre d'un arbitrage était cependant envisagée, les arbitres ne pourraient que décliner leur compétence en faveur des juridictions étatiques.

Nous observerons tout d'abord que le divorce par consentement mutuel non judiciaire ne constituant pas un litige mais un accord enregistré par l'autorité publique, la question de son arbitrabilité ne se pose pas. Nous verrons ensuite que le texte même de l'article 2060 du Code civil ne fait pas allusion aux conséquences du divorce en tant que telles. Il faut donc en déduire qu'en ce qui les concerne, la prohibition de l'arbitrage relève du seul article 2059 du Code civil, l'arbitrage pouvant, à première vue, être possible dès lors que certaines de ces conséquences relèvent de droits dont les parties ont la libre disposition. La difficulté est donc de distinguer celles pour lesquelles les parties peuvent compromettre.

Les mesures accessoires relatives aux enfants. Nous savons que tant l'autorité parentale que l'obligation alimentaire à l'égard des enfants ne sont pas des droits disponibles.

Pour la première, cela résulte sans équivoque des termes de l'article 376 du Code civil qui énonce : « Aucune renonciation, aucune cession portant sur l'autorité parentale, ne peut avoir d'effet, si ce n'est en vertu d'un jugement dans les cas déterminés ci-dessous. »

S'agissant de la seconde, la Cour de cassation juge que les aliments ne peuvent faire l'objet d'une remise totale de dette, pas plus que partielle, même indirectement ⁽¹⁾.

Toutefois, cette règle ne concerne que les arrérages à échoir et non ceux qui sont échus et sur lesquels nous pouvons transiger ⁽²⁾. L'obligation alimentaire en tant que mesure immédiatement accessoire au divorce ne peut donc être soumise à la juridiction arbitrale.

Le nom d'usage. L'article 264 du Code civil dispose qu'à « la suite du divorce, chacun des époux perd l'usage du nom de son conjoint » et que « l'un des époux peut néanmoins conserver l'usage du nom de l'autre, soit avec l'accord de celui-ci, soit avec l'autorisation du juge, s'il justifie d'un intérêt particulier pour lui ou pour les enfants ». Il résulte du texte lui-même que les droits des parties sont disponibles dans ce domaine. En conséquence, la question peut être soumise à une juridiction arbitrale.

Les dommages-intérêts. Au titre des conséquences du divorce, un époux peut solliciter des dommages-intérêts sur le fondement de deux textes distincts dont l'application est cumulative. Comme la Cour de cassation l'a jugé par un arrêt déjà ancien mais qui conserve toute son actualité : « Les articles 266 et 1382 du Code civil permettent la réparation de préjudices différents, le premier texte autorisant celle du dommage matériel ou moral né de la dissolution du mariage et le second permettant l'indemnisation d'un préjudice distinct résultant de fautes commises par le conjoint pendant le mariage. » ⁽³⁾

L'article 266 du Code civil instaure une responsabilité sans faute, la réparation étant due dès lors qu'il est démontré que le divorce entraîne, pour l'époux innocent ou défendeur à l'action (dans le cadre du divorce pour altération définitive du lien conjugal), des conséquences d'une exceptionnelle gravité. S'il n'est pas discutable que le droit de la responsabilité contractuelle est le domaine d'élection de l'arbitrage, la question de savoir si le recours à l'arbitrage n'était pas exclu s'agissant de la responsabilité quasi délictuelle pouvait se poser. Par un arrêt en date du 6 juillet 2016, la Cour de cassation a admis qu'il pouvait être recouru à l'arbitrage dans ce domaine, dès lors que le compromis était rédigé en des termes généraux ⁽⁴⁾. Il peut en être déduit que la demande de dommages-intérêts, fondée sur le droit commun de la responsabilité quasi délictuelle, ne peut être *a priori* exclue du champ de l'arbitrage en raison de la seule nature de ce contentieux, étant précisé qu'il appartiendra aux arbitres d'apprécier, au cas par cas, leur propre compétence. Rien n'interdit de penser qu'il en irait de même s'agissant de la demande fondée sur l'article 266 du Code civil.

La prestation compensatoire. En droit interne, la prestation compensatoire revêt un caractère à la fois alimentaire et indemnitaire ⁽⁵⁾. Ce caractère mixte exclut de recourir à l'arbitrage s'agissant de la prestation compensatoire. À cet égard, la Cour de cassation a jugé qu'aucune transaction relative à la prestation compensatoire ne pouvait être conclue avant que la procédure de divorce n'ait été engagée donc antérieurement à l'assignation ⁽⁶⁾. Nous pourrions déduire de cet arrêt que les parties peuvent transiger postérieurement à la délivrance de l'assignation, étant précisé que la transaction ne peut intervenir une fois que la décision judiciaire est devenue irrévocable. Toutefois, l'accord transactionnel est obligatoirement soumis à l'homologation du juge. En effet, l'article 268

(1) Cass. req., 26 juill. 1928 : DH 1928, p. 463 – Cass. civ., 21 janv. 1930 : Gaz. Pal. 1930, I, p. 456 ; S. 1930, I, p. 322 – Cass. 1^{re} civ., 11 juill. 2006, n° 04-14185 : Bull. civ. I, n° 388 – Cass. 1^{re} civ., 29 mai 1985, n° 84-11626 : Bull. civ. I, n° 167.

(2) Cass. 1^{re} civ., 28 oct. 2009, n° 08-18032 ; Cass. 1^{re} civ., 20 juin 2006 : Bull. civ. I, n° 312 – Cass. 2^e civ., 2 mai 2001, n° 99-15714 : Bull. civ. II, n° 80 – Cass. 2^e civ., 4 mars 1987, n° 86-10453 : Bull. civ. II, n° 60.

(3) Cass. 2^e civ., 25 mars 1991, n° 89-21661.

(4) Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 2016, n° 15-19521 : Bull. civ. I, n° 254.

(5) Cass. 1^{re} civ., 7 déc. 2011, n° 10-16857 ; Cass. 2^e civ., 10 mars 2005, n° 02-14268 : Bull. civ. II, n° 66 – Cass. com., 8 oct. 2003, n° 99-21682 : Bull. civ. IV, n° 151 – Cass. com., 4 avr. 2006, n° 04-16672 : Bull. civ. IV, n° 89.

(6) Cass. 2^e civ., 10 mai 1991, n° 90-11008 : Bull. civ. II, n° 140 – Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 2004, n° 01-17094 : Bull. civ. I, n° 30.

du Code civil, dont la rédaction issue n'a pas été modifiée depuis 2004, dispose que : « Les époux peuvent, pendant l'instance, soumettre à l'homologation du juge des conventions réglant tout ou partie des conséquences du divorce.

Le juge, après avoir vérifié que les intérêts de chacun des époux et des enfants sont préservés, homologue les conventions en prononçant le divorce. »

Les époux peuvent donc prendre des accords sur l'ensemble des conséquences du divorce, qu'elles leur soient personnelles (usage du nom du conjoint, prestation compensatoire, dommages-intérêts...) ou relatives aux modalités d'exercice de l'autorité parentale et à la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants. Ces conventions peuvent également englober tout ou partie du règlement des intérêts patrimoniaux des époux et ont donc un objet plus large que les conventions de l'article 265-2 du Code civil qui concernent exclusivement les intérêts patrimoniaux et ne sont pas soumises à l'homologation⁽⁷⁾, ainsi que l'a voulu le législateur.

L'obligation pour les parties de soumettre l'accord intervenu au cours de l'instance, même s'il s'agit d'un accord mixte, c'est-à-dire concernant à la fois des droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux à l'homologation du juge du divorce⁽⁸⁾, suffit à montrer que le droit à prestation compensatoire n'est pas disponible, même si une certaine marge de négociation est accordée aux époux. À cet égard, il faut rappeler que le contrôle du juge de l'homologation porte sur l'équilibre global de l'accord. C'est pourquoi, s'agissant de la prestation compensatoire, il ne se limite pas à la constatation de la seule existence de la disparité ouvrant droit mais il porte également sur son montant ainsi que sur sa forme, lesquels ne sont pas non plus disponibles, pas plus que ses modalités de révision lorsqu'elle est fixée sous forme de rente viagère et dont nous savons qu'elles ne peuvent en aucun cas être plus favorables au débiteur que les règles résultant du mécanisme légal⁽⁹⁾. Pour ces raisons, nous voyons mal comment la prestation compensatoire, dans toutes ses composantes, pourrait faire l'objet d'une clause compromissoire. À supposer même que tel ait été le cas et qu'aucune des parties n'ait jugé opportun, au cours des débats devant le tribunal arbitral, de le prier d'examiner sa propre compétence, la sentence pourrait être utilement déferée au contrôle du juge de l'annulation.

La liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux.

Les droits patrimoniaux sont considérés comme disponibles par nature. C'est pourquoi ils sont susceptibles

d'être soumis à l'arbitrage. Les dispositions de l'ordonnance n° 2012-1288 du 15 octobre 2015, qui ont, en particulier, réformé l'article 267 du Code civil et abrogé l'article 267-1 de ce même code, sont entrées en application le 1^{er} janvier 2016. Elles ont supprimé l'obligation pour le juge du divorce d'ordonner la liquidation des intérêts patrimoniaux des parties sauf si, pour simplifier, celles-ci le saisissent des différends liquidatifs qui les opposent. Si elles veulent éviter de soumettre le litige au juge étatique pour des motifs de rapidité et de confidentialité, rien ne les empêche de mettre en œuvre une procédure d'arbitrage. Au demeurant, elles peuvent aussi saisir les arbitres, une fois l'assignation en divorce délivrée, pour voir trancher leurs désaccords et prier le juge du divorce de surseoir à statuer tant que la sentence arbitrale n'est pas devenue elle-même irrévocable. Les dispositions de celle-ci peuvent, en effet, s'avérer utiles au juge du fond en particulier pour fixer le montant de la prestation compensatoire, si, les parties étant mariées sous un régime communautaire, le partage devait s'avérer inégal. La sentence peut également être éclairante pour déterminer la forme et les modalités de paiement de la prestation compensatoire. Nous savons par ailleurs que les époux peuvent conclure, au cours de la procédure de divorce, une convention portant sur le partage total ou partiel de leur régime matrimonial.

Dans le même ordre d'idées, rien n'empêche des époux de soumettre les différends relatifs à l'interprétation ou à l'exécution de cette convention à la juridiction arbitrale, et ce, même si elle a été homologuée par le juge, ce qui est facultatif s'agissant des seules conventions liquidatives⁽¹⁰⁾.

Conclusion. Depuis la loi du 18 novembre 2016 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2017 qui a introduit le divorce par consentement mutuel par acte d'avocat, nous assistons à une déjudiciarisation voire une désaffectation à l'égard du divorce judiciaire. Les justiciables souhaitent s'approprier les conséquences de leur séparation. Certes, le divorce par consentement mutuel suppose implicitement qu'il n'y aurait pas de litige.

En tant que praticien, nous savons que cette affirmation est parfois illusoire et que le recours à l'arbitrage peut constituer une autre forme de contractualisation qui milite pour l'apaisement appelé de ses vœux par les instances étatiques. Le temps serait venu de proposer au législateur une modification des dispositions des articles 2059 et 2060 du Code civil qui permettrait un arbitrage complet du divorce et de ses conséquences tant patrimoniales qu'extrapatrimoniales.

(7) V. V. Larribau-Terneyre, JCl. Civil Code, fasc. 5, § 17, 48 et 57 ; A. Bateau, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, 6^e éd., 2012, LGDJ, n° 1066 ; R. Cabrillac, *Droit des régimes matrimoniaux*, 2021, LGDJ, Domat, n° 261.

(8) Cass. 1^{re} civ., 27 sept. 2017, n° 16-23531 : Bull. civ. I, n° 20.

(9) Cass. 1^{re} civ., 19 oct. 2004, n° 02-17682 : Bull. civ. I, n° 225.

(10) Cass. 1^{re} civ., 5 oct. 2016, n° 15-19120.