

## ARBITRAGE

1062

## La pratique de l'arbitrage en matière de divorce, de séparation et de successions

Véritable justice privée d'origine conventionnelle, l'arbitrage est un mode alternatif au recours au juge qui permet de confier à un tiers le pouvoir de trancher un litige ou un différend. C'est une forme de justice privée dans laquelle la volonté des parties donne au tribunal arbitral qu'elles se choisissent l'autorité de les départager au moyen d'une sentence, qui a l'autorité de chose jugée et, après exequatur, force exécutoire. Ce mode de règlement des différends est pour l'heure relativement méconnu en droit de la famille. Pourtant les perspectives de son utilité y sont nombreuses.

Ce thème a fait l'objet d'une matinée-débats lors des États généraux de l'arbitrage organisés le 29 juin 2018 par le Conseil national des barreaux où sont intervenus Thomas Clay, Maximin de Fontmichel et M<sup>e</sup> Guillaume Barbe.



**Guillaume Barbe**, avocat à la Cour, Cabinet Cadiou-Barbe, membre du groupe de la pratique « Association Collaborativ'Team »

**Maximin de Fontmichel**, directeur du Master arbitrage et commerce international, maître de conférences en droit privé, université Paris Saclay, faculté de droit et de science politique de Versailles – Saint-Quentin

### ❓ Quels sont les critères de l'arbitrabilité en droit de la famille ?

Le recours à l'arbitrage en droit de la famille est possible sous réserve du respect des articles 2059 et 2060 du Code civil qui dessinent les contours de l'arbitrabilité, savoir la libre disponibilité des droits et l'exclusion des matières intéressant l'ordre public. Il n'existe pas de définition claire de la disponibilité d'un droit mais il est acquis en jurisprudence que sont indisponibles : la capacité, le nom, la filiation, le prononcé du divorce et de la séparation de corps qui sont des droits incorporels attachés à la personne. Signe de la réticence du législateur à l'extension de l'arbitrage au droit de la famille, les questions de divorce et de séparation de corps, de capacité et d'état des personnes ont été expressément exclues du domaine de l'arbitrage. À l'inverse, les droits patrimoniaux sont souvent considérés comme disponibles. Certains auteurs considèrent qu'un droit est indisponible lorsqu'il présente un lien étroit avec les intérêts essentiels de la société, ou encore lorsque le litige portant sur ce droit relève

de la compétence exclusive d'une juridiction spécifique. L'ordre public peut être défini comme l'ensemble des règles obligatoires qui touchent à l'organisation de la nation, à la morale, à la santé, à la sécurité, à la paix publique ainsi qu'aux droits et aux libertés essentielles de chaque individu. L'exclusion du champ d'application matériel de l'arbitrage des matières intéressant l'ordre public ne signifie pas qu'il est interdit de compromettre sur toutes les questions liées à l'ordre public. Cette prohibition a été vidée de sa substance par la jurisprudence et il est depuis longtemps admis que les arbitres peuvent trancher des litiges dans des matières fortement imprégnées d'ordre public telles que le droit de la consommation, le droit du travail ou le droit de la concurrence.

Ces conditions de fond de l'arbitrage permettent de déterminer les litiges familiaux arbitrables et ceux qui ne peuvent être soustraits de la connaissance du juge. Ils conduisent à opérer une scission au sein la matière familiale entre les questions patrimoniales qui peuvent être soumises à l'arbitrage et à l'inverse celles d'ordre

extra patrimoniales qui doivent pour l'heure être écartées du champ d'application matériel de l'arbitrage en droit interne. Cette division pose difficulté compte tenu de l'imbrication fréquente des questions patrimoniales et extra patrimoniales en matière familiale et de l'absence de clarification des notions de libre disponibilité des droits et d'ordre public.

### ❓ Quels droits patrimoniaux de la famille peuvent-être soumis à l'arbitrage ?

Les droits de nature patrimoniale, disponibles, sont susceptibles de faire l'objet d'un arbitrage. Ainsi, les aspects patrimoniaux du divorce peuvent ainsi être soumis à l'arbitrage tels que la liquidation du régime matrimonial des époux, le partage des biens ou encore le quantum de la prestation compensatoire. En matière d'autorité parentale, la fixation de la contribution à l'entretien et à l'éducation du ou des enfants peut faire l'objet d'un arbitrage. Le domaine de prédilection de l'arbitrage en droit de la famille reste le droit des successions dans

lequel les illustrations jurisprudentielles sont les plus nombreuses. Peuvent ainsi être soumis pour exemple à l'arbitrage les litiges successoraux portant sur la valeur des biens à partager, le partage de la succession, la charge fiscale de la succession ou encore sur la validité et l'interprétation du testament. Cependant, la majorité de la doctrine considère que le droit successoral devient disponible à compter du décès de l'intéressé et qu'il ne peut donc être opté pour l'arbitrage antérieurement à cette date.

### ❓ Quelles sont les évolutions en faveur d'une arbitrabilité des litiges extra patrimoniaux du droit de la famille ?

Bien que les dispositions légales excluent le recours à l'arbitrage pour les droits extra patrimoniaux de la famille en raison de leur indisponibilité permanente, plusieurs évolutions récentes militent en faveur de l'essor de l'arbitrage en droit de la famille. Le phénomène de contractualisation du droit de la famille avec le développement des modes de résolution amiable des litiges et la libéralisation des accords entre époux doit logiquement ouvrir la voie à l'arbitrage. Mais c'est surtout la déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel qui semble favoriser une ouverture de l'arbitrage car il est désormais difficile de soutenir que les conséquences extra patrimoniales du divorce sont indisponibles quand le prononcé du divorce et l'ensemble de ses conséquences peuvent être décidés par les époux, seuls, en dehors de toute compétence

du juge étatique. Enfin, la clause compromissoire a été ouverte aux intérêts civils grâce à la réforme opérée par la loi du 18 novembre 2016 puisqu'elle n'était valable que dans les contrats conclus en raison d'une activité professionnelle et qu'elle peut désormais être insérée dans des contrats entre non-professionnels, sous réserve de leur acceptation.

### **?** Comment se formalise le recours à l'arbitrage ?

Les parties doivent conclure une convention d'arbitrage qui prend la forme soit d'une clause compromissoire convenue entre les parties avant la survenance du litige, soit d'un compromis conclu après la survenance du litige. Les parties sont libres de choisir la forme qu'elles souhaitent. En matière commerciale, la grande majorité des arbitrages se déclenchent par le biais de clauses compromissoires. Cependant en droit de la famille, la vocation anticipatoire de la clause compromissoire peut être un obstacle dans certains cas. Ainsi, en matière successorale, la majorité des auteurs considèrent que le de cujus ne peut pas de son vivant insérer une clause compromissoire dans son testament afin de soumettre sa succession future à l'arbitrage, puisque ce droit est indisponible avant le décès de l'intéressé compte tenu du principe de prohibition des pactes sur succession future. En conséquence, la forme n'est pas libre, seuls ses héritiers peuvent recourir à la procédure d'arbitrage par un compromis d'arbitrage après le décès de l'intéressé.

### **?** Quelles sont les conditions de validité de la convention d'arbitrage ?

Pour être valable, la convention d'arbitrage doit remplir des conditions de fond et de forme. Sur le fond, la convention d'arbitrage doit porter sur un litige arbitral c'est-à-dire qui respecte les critères de l'arbitrabilité et doit respecter les conditions de validité d'un contrat en droit commun à savoir le consentement des parties, la capacité de contracter et un contenu licite et certain. Sur la forme, si en matière internationale elle est libre, en matière interne la clause compromissoire et le compromis doivent être obligatoirement formalisés par écrit et les parties doivent désigner dans

la convention d'arbitrage les arbitres compétents ou prévoir les modalités de leur désignation. Dans le cadre du compromis, les parties doivent également déterminer l'objet du litige ce qui n'est pas une condition de validité de la clause compromissoire puisque la détermination de l'objet du litige n'est possible qu'une fois le litige né. Le tiers désigné en qualité d'arbitre est choisi selon les dispositions du Code de procédure civile ou selon les modalités de la convention d'arbitrage. Les conditions d'éligibilité aux fonctions d'arbitre sont sommaires puisque la mission d'arbitre peut être exercée par toute personne physique jouissant du plein exercice de ses droits. Il est également soumis à des conditions d'indépendance et d'impartialité. Le tribunal arbitral doit être composé d'un nombre impair d'arbitres. L'absence de désignation par les parties des arbitres compétents ou le refus par ces derniers de leur mission n'est plus une cause de nullité de la convention d'arbi-

**« La sentence arbitrale a la même valeur qu'une décision de justice et dispose à ce titre de l'autorité de chose jugée. »**

trage puisqu'un pouvoir de sauvetage est reconnu au juge d'appui, juge des référés spécialisé dans les questions d'arbitrage, ou à l'institution chargée d'organiser l'arbitrage afin de régler tout différend lié à la constitution du tribunal arbitral.

### **?** Quelle est l'efficacité de la sentence arbitrale ?

La sentence arbitrale a la même valeur qu'une décision de justice et dispose à ce titre de l'autorité de chose jugée. En revanche n'ayant pas un caractère exécutoire, en l'absence d'exécution volontaire, il est nécessaire de demander au juge étatique de conférer l'efficacité à la sentence arbitrale par une décision d'exequatur. La sentence arbitrale a donc une autorité et une force plus grande qu'un accord transactionnel puisque même homologué par le juge qui lui a conféré la force exécutoire, l'accord transactionnel n'est pas une décision de justice et peut même être contestée devant

le juge de l'exécution (Cass. 2<sup>e</sup> civ, 28 sept. 2017, n<sup>o</sup> 16-19.184 : *Juris-Data n<sup>o</sup> 2017-018677*). Par ailleurs, des voies de recours sont ouvertes contre la sentence arbitrale : le recours en annulation d'une part et l'appel si les parties le prévoient expressément dans leur convention d'autre part. En pratique il est rare que les parties prévoient un appel car ce qui est souvent recherché par les acteurs est la rapidité de la procédure.

### **?** Quels sont les avantages de la procédure d'arbitrage ?

L'arbitrage présente de nombreux avantages : la rapidité, la maîtrise du déroulement de la procédure, la discrétion et la confidentialité dans le traitement du dossier et la possibilité de statuer en équité dans certains domaines.

La maîtrise du temps de la procédure et son raccourcissement sont des avantages particulièrement importants en matière de droit patrimonial de la famille où

nées objectives du dossier : le quantum de la prestation compensatoire, l'appréciation d'une récompense, la prise en compte d'un élément de fiscalité, d'enrichissement de l'autre patrimoine, dans le partage...

### **?** Comment favoriser l'essor de l'arbitrage en droit de la famille tant en matière patrimoniale qu'extra patrimoniale ?

Certains obstacles demeurent et empêchent son développement complet à l'ensemble de la matière. Une première mesure radicale serait l'abrogation des articles 2059 et 2060 du Code civil qui restreignent le champ de l'arbitrabilité et qui sont contradictoires avec le divorce par consentement mutuel actuel et la disponibilité de l'organisation conventionnelle des modalités d'exercice de l'autorité parentale. Il serait opportun de prévoir des dispositions particulières au droit de la famille et définir textuellement la disponibilité des droits et par voie de conséquence leur nature arbitrale. Afin d'entreprendre un réel chantier de l'arbitrage dans ce domaine, un groupe de praticiens spécialisés en droit de la famille a envisagé de créer une chambre d'arbitrage en droit de la famille dont l'objet serait de fournir aux parties une liste d'arbitres, des formules de conventions d'arbitrage, un secrétariat pour assurer le suivi des procédures, un service d'archivage des sentences, des formations...

### **?** Quel est le rôle de l'avocat dans le cadre de l'arbitrage ?

Conseil juridique, l'avocat est un acteur privilégié qui peut inviter les parties à recourir à l'arbitrage au même titre qu'il doit promouvoir les modes alternatifs de règlement des litiges. Il peut être associé au travail de rédaction de la convention d'arbitrage qui en droit de la famille prendra le plus souvent la forme d'un compromis d'arbitrage. L'avocat peut également conseiller les parties sur le déroulement de la procédure arbitrale mais aussi sur l'exécution de la sentence arbitrale lorsqu'elle n'est pas exécutée volontairement. Professionnel du droit, l'avocat peut être choisi en qualité d'arbitre par les parties afin de trancher leur litige dès lors qu'il répond aux conditions d'indépendance et d'impartialité. ■