

MODES *Occitanie* ALTERNATIFS



EDITORIAL PAR JACQUES RAIBAUT
Président d'honneur de la CMCAO

Sommaire

Ce nouveau numéro de Modes Alternatifs essaie de donner un éclairage sur la force et l'avenir de l'arbitrage.

La force d'abord par le commentaire de plusieurs arrêts récents de la Cour de cassation, dont notamment l'un cantonne avec détermination les tentations d'intrusion des tribunaux judiciaires dans le déroulement des procédures d'arbitrage par le biais du recours en annulation ou de l'Appel éventuel. La Cour rappelle que la procédure arbitrale est autonome et étanche, dès lors que la volonté des parties est établie, aux contournements procéduraux possibles pour restaurer une compétence de l'ordre judiciaire. C'est une jurisprudence constante de la Cour qu'il était souhaitable de réaffirmer.

Un autre arrêt, comme en miroir du premier, rappelle que le cœur de l'arbitrage, tire sa puissance juridique de la volonté des parties, certes, mais dès lors qu'elle est établie, de leur loyauté. L'arbitrage est un outil rapide et efficace pour des parties dont l'accord initial d'y recourir se prolonge dans une morale procédurale : les coups bas ou trop malicieux ne sont pas permis et sont réhivitoires.

L'avenir ensuite des modes alternatifs est bien illustré par la réforme italienne récente qui vise à rendre la Justice « plus rapide et efficace ». Cet impératif propre à tous les systèmes judiciaires européens inclut, de plein droit, dans son accomplissement les modes alternatifs de règlement des différends. Ceux-ci sont désormais et le seront de plus en plus des moyens regardés avec faveur par les institutions qui se préoccupent de la formation de ces acteurs appelés à jouer un rôle de plus en plus déterminant dans la résolution des différends civils et commerciaux.

En soutenant le Diplôme universitaire d'arbitrage avec la Faculté de Droit de Toulouse et lui fournissant de nombreux intervenants, la Chambre de Médiation, de Conciliation et d'Arbitrage d'Occitanie anticipe et consolide ces évolutions.

1. **Editorial** p. 1
par Jacques RAIBAUT
2. **La réforme de la justice en Italie : vers un nouvel essor de la médiation.** p. 2
Commentaire par Sabine CHIARELLA
3. **Fin de l'élargissement du contrôle des sentences arbitrales.** p. 8
Commentaire de jurisprudence par Mélissa AUBIN
4. **Loyauté procédurale et clause compromissoire.** p. 9
Commentaire de jurisprudence par Hasna TIFRAMT
5. **Le contrôle de l'ordre public international par le juge de l'annulation** p. 10
Commentaire de jurisprudence par Hasna TIFRAMT
6. **Actualités:** p.11
 - Les prix décernés par l'Académie de Législation
 - Création d'un Centre de Médiation et d'Arbitrage des Notaires de Paris

La réforme de la Justice en Italie (Loi n.206/2021) : vers un nouvel essor de la médiation.

Résumé

La réforme de la justice italienne se fixe pour objectif de réformer le procès civil et la réglementation des modes alternatifs de résolution des conflits. La loi représente un renouvellement et un renforcement substantiel de l'institution de la médiation qui est traitée sous tous ses aspects : modifications procédurales, recours préalable obligatoire au mode amiable dans de nouvelles matières, participation personnelle des parties et formation des médiateurs. La loi semble répondre à la nécessité d'une profonde évolution culturelle capable d'accueillir et d'accompagner le changement attendu en matière de justice.

1. Introduction - 2. La réforme de la justice dans la loi déléguée du 26 novembre 2021 n. 206 - 2.1 L'extension du domaine du recours préalable obligatoire aux MARD - 2.2 Le principe de participation des parties - 3 La médiation déléguée - 4. La formation des médiateurs - 5. Conclusion

1. Introduction

Au cours des dernières décennies, la question de l'efficacité de l'accès à la justice a été portée à l'attention du législateur, d'abord européen, puis italien¹.

Le Conseil européen, dans ses recommandations annuelles, n'a cessé d'inciter l'Italie à « réduire la durée des procès civils à tous les niveaux de la justice », ainsi qu'à « accroître l'efficacité de la prévention et de la répression de la corruption en réduisant la durée des procès pénaux et la mise en œuvre du nouveau cadre anti-corruption »².

Dans les dernières recommandations spécifiques à l'Italie, le Conseil européen a invité le pays à adopter des mesures visant à « améliorer l'efficacité du système judiciaire »³.

Selon le rapport de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ)⁴, au cours des deux années 2017-2018, malgré la réduction du nombre et de la durée moyenne des procès civils, la justice civile italienne reste parmi les plus lentes d'Europe. En dernière position pour les procès devant la Cour de cassation et en avant-dernière position pour ceux en première instance et en appel⁵. En prenant acte de toutes ces incitations, le législateur a lancé une réforme de la justice visant à atteindre l'objectif de célérité et de respect du délai raisonnable. Intervient à cette fin la loi n. 206 du 26 novembre 2021 pour l'efficacité du procès civil et pour la réforme des modes alternatifs de résolution des conflits et des mesures urgentes. Les indications de la loi semblent répondre à la nécessité d'une profonde évolution culturelle capable d'accueillir et d'accompagner le changement nécessaire attendu en matière de justice.

¹ D. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, Bologne, 2016, pp. 17-91 qui met en lumière parmi les initiatives les plus importantes (« Libro Verde » de 1993 - Accesso dei consumatori alla giustizia e alla risoluzione delle controversie in materia di consumo -, rec. 98/257/CE et 2001/310/CE, et dir. 98/10/CE du Parlement européen.

² Rec. du Conseil européen n. 512 de 2019

³ Rapport par pays sur l'Italie 2020 - Semestre européen 2020 : évaluation des progrès des réformes structurelles, de la prévention et de la correction des déséquilibres macroéconomiques et résultats des bilans approfondis conformément au règlement (UE) n° 1176/2011, p. 19 : « Certains progrès ont été réalisés dans l'amélioration de l'efficacité de la justice civile et dans la lutte contre la corruption. Les réformes de la justice civile lancées ces dernières années ont accru la spécialisation et la numérisation des tribunaux, renforcé le règlement extrajudiciaire des litiges et introduit des règles plus strictes sur la recevabilité des recours. Néanmoins, la durée des litiges civils et commerciaux en Italie reste un problème. »

⁴ Rapport de la Commission Européenne Pour l'Efficacité de la Justice (CEPEJ) 2019-2020

⁵ Observatoire des comptes publics italiens du 28 novembre 2020 : https://osservatoriocpi.unicatt.it/cpi-op_deficit.pdf

2. La réforme de la justice dans la loi du 26 novembre 2021 n.206

L'Italie a présenté le Plan National de Relance et de Résilience (PNRR) à l'Union européenne qui consiste en un projet ambitieux de quatre grandes réformes inspirées des recommandations des rapports publiés les années précédentes. Les domaines thématiques couverts par l'intervention concernent « *l'administration publique, la justice, la simplification de la législation et la promotion de la concurrence* ».

Les diverses mesures du PNRR ont pour ambition de faire du procès italien « un modèle d'efficacité et de compétitivité ». L'efficacité de la justice représente « une valeur en soi, enracinée dans la culture constitutionnelle européenne » ; elle exige d'assurer « des voies de recours juridictionnelles effectives pour la protection des droits, surtout des sujets les plus faibles ». La réforme est une condition nécessaire au « développement économique et au bon fonctionnement du marché ».

Dans le domaine de la justice, le PNRR prévoit notamment :

- un renforcement des dispositifs de résolutions alternatives aux procédures judiciaires contentieuses ; sont concernés les modes amiables (élargissement du champ d'application de la médiation et de la procédure participative) et les modes contentieux (renforcement des garanties d'impartialité en matière d'arbitrage) ;
- une démarche de simplification de la procédure civile ;
- une démarche de simplification des voies d'exécution⁶.

La ministre de la Justice, Marta CARTABIA, afin de respecter les engagements européens pris par l'Italie, a constitué une « *commission pour l'élaboration de propositions d'interventions dans le domaine des procédures civiles et d'instruments*

alternatifs à la juridiction », appelée Commission Luiso⁷. L'objectif poursuivi par le groupe est de réduire les délais des procès et d'obtenir une meilleure efficacité en matière d'administration de la justice.

Les propositions de la commission concernent l'office du juge, l'arbitrage, la médiation, et les procès civils et familiaux. Elles sont relatives tant aux voies judiciaires qu'extrajudiciaires.

Dans son rapport final, présenté le 14 septembre 2021, la Commission Luiso a énoncé une série de propositions qui ont été presque entièrement incorporées dans la loi n. 206 du 25 novembre 2021⁸.

La loi, constituée d'un article unique divisé en 44 alinéas, prévoit au premier alinéa la délégation au Gouvernement du pouvoir d'adopter, dans un délai d'un an à compter de son entrée en vigueur, un ou plusieurs décrets d'application. Ceci témoigne d'une volonté de réformer rapidement.

Les méthodes de résolution extrajudiciaire des litiges sont abordées au paragraphe 4 des lettres *a)* à *u)* et expriment l'ambition claire du législateur d'encourager et d'étendre le recours à la médiation et à la procédure participative.

2.1 L'extension du caractère obligatoire des MARD

Le caractère obligatoire des MARD a représenté une évolution importante dans le système réglementaire en matière de médiation civile et commerciale.

Avec l'approbation du décret n. 28/2010, le Gouvernement a mis en œuvre la délégation prévue par la loi n. 69/2009 en prévoyant, à l'article 5 le recours obligatoire à la médiation dans les disciplines indiquées au premier paragraphe⁹. Ce choix législatif avait soulevé une forte opposition tant de la part des avocats que

⁶ Dossier du Service des Etudes sur l'A.S. n.m. 1662-A Délégation au Gouvernement pour l'efficacité de la procédure civile et pour la révision de la discipline des modes alternatifs de résolution des conflits, Edition provisoire septembre 2021 n. 225/1 : <https://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/18/DOSSIER/0/1310446/index.html>.

⁷ Commission pour la préparation de propositions d'interventions dans le domaine des procédures civiles et des instruments alternatifs en ligne présidée par le prof. Francesco Paolo Luiso, instituée par le Décret Ministériel du 12 mars 2021

⁸ G.U. du 9 décembre 2021

⁹ Sur le caractère obligatoire de l'art. 5 du D. Lgs 4 marzo 2010 n. 28, v. Dalfino

des juges. En 2012, la décision n. 272¹⁰ du Tribunal constitutionnel déclarait inconstitutionnel l'article 5 paragraphe 1 en raison d'un excès de délégation. Toute référence à la médiation obligatoire était ainsi éliminée.

Afin de permettre un nouvel essor de la médiation, une nouvelle intervention législative était donc nécessaire. Elle a été adoptée en 2013. Le gouvernement, avec le décret n. 69/2013, a réintroduit la médiation obligatoire, en insérant un nouveau paragraphe 1 bis dans l'article 5 original du décret n. 28/2010. Il prévoit que celui qui veut intenter une action en justice relative à l'une des matières qui y sont indiquées est obligé de procéder au préalable à une médiation¹¹. Lors d'une première entrevue, sont données des informations aux parties, accompagnées de leurs avocats. Le médiateur illustre la fonction et le déroulement de la médiation, explore avec les parties et leurs avocats les possibilités d'engager une médiation et, en cas de réponse positive, la procédure peut continuer.

La Commission Luiso, évaluant les statistiques publiées pour l'année 2020 par le ministère de la Justice¹², a souligné que huit ans après la réforme de 2013, la grande majorité des médiations n'avait été engagée que dans les cas où la démarche amiable était obligatoire. Les matières pour lesquelles l'existence de la médiation préalable était une condition de recevabilité de l'action représentaient environ 15 % de l'ensemble des litiges civils. La Commission a proposé d'étendre le caractère obligatoire de la tentative à de nouveaux domaines¹³.

Le législateur a accepté les propositions de la commission en ajoutant aux matières déjà identifiées dans l'article 5 les contrats de partenariat, de consortium et de franchise, de travail, de réseau, d'administration et de sous-traitance.

Afin de mieux prendre conscience de l'intérêt de l'extension à un si grand nombre de matières, il convient de considérer que la procédure de médiation, tout en ayant sa propre autonomie par rapport au procès judiciaire, peut fortement influencer les résultats, même en cas d'issue négative de la tentative de médiation.

En ce qui concerne la condition de recevabilité, la disposition de la loi déléguée réaffirme ce qui a déjà été indiqué au paragraphe 2 bis de l'article 5 du décret 28/2010, c'est-à-dire que la condition est « *considérée comme remplie si la première rencontre devant le médiateur se termine sans accord* ». La condition de recevabilité est remplie si les parties ont comparu personnellement à la première réunion et que celles-ci ont décidé, avec l'aide du médiateur et l'assistance des avocats, la poursuite ou non de la procédure de médiation¹⁴.

La première rencontre peut donc se terminer soit par la poursuite de la procédure de médiation, soit par un rapport négatif visant à constater la réalisation de la condition de recevabilité. La loi confirme le rôle central de l'avocat dans la procédure de médiation obligatoire. Elle mentionne que « *les parties doivent obligatoirement être assistées d'un défenseur* »¹⁵.

¹⁰ Tribunal Constitutionnel, sentence n. 272 du 24 octobre 2012 fondée sur un excès de délégation par rapport à la Loi n. 69 du 18 juin 2009, portant délégation au gouvernement pour réorganiser le procès.

¹¹ D. Lgs 4 marzo 2010 n. 28, article 5 c. 1 *bis* « quiconque entend exercer une action relative à un litige en matière de copropriété, de droits réels, de partage, de succession, d'accords familiaux, de bail, de prêt, de bail commercial, de réparation des dommages résultant de la responsabilité médicale et de santé et de la diffamation par voie de presse ou autres moyens de publicité, assurances, contrats bancaires et financiers ».

¹² Selon les statistiques 2020, la répartition en pourcentage des médiations définies au cours de l'année par type de recours sont les suivantes :

- 87,1 % dans les matières visées au paragraphe 1-bis de l'article 5 du d. lgs. 4 mars 2010, n. 28 (dont 12,1% de médiations demandées par le juge d'irrecevabilité) ;
- 12% dans les matières où la première rencontre n'est pas prévue comme condition de recevabilité ;
- 0,9% de médiations demandées par le juge.

¹³ F. Cuomo Ulloa, *Procedimento e metodi per la composizione dei conflitti*, Bologna, 2018, en particulier pp. 21-58.

¹⁴ R. MASONI, *Le controversie suscettibili di mediazione ai sensi del d.lgs n.28*, Giur. merito, 2010, p. 2156 et suivants

¹⁵ N. RAITI, *Primo incontro in mediazione e condizione di procedibilità della domanda ai sensi del novellato art.5, comma 2 bis, d.lgs 4 marzo 2010 n.28*, *Revue droit. proc.*, 2015, p. 565 et suivants ; D. Dalfino, *Primo incontro, comparizione personale delle parti, effettività della mediazione*, voir *Foro it.*, 2019, p. 3261 et s.

2.2. Le principe de la participation des parties

Le législateur a voulu favoriser la participation personnelle des parties pendant le déroulement de la médiation obligatoire, réglant les conséquences de la non-participation qui seront énoncées par les décrets d'application¹⁶.

Le texte législatif interpelle pourtant sur ce point. Il prévoit, de manière sans doute paradoxale, la possibilité de se faire représenter, en cas de motifs justifiés, par une personne informée des faits et disposant des pouvoirs nécessaires pour résoudre le litige¹⁷. Cette mesure ne manquera certainement pas de donner lieu à des interprétations différentes : elle pourrait signifier que l'avocat, dans la mesure où il est informé par la partie des faits, pourrait être délégué et avoir le « contrôle » de l'ensemble de la gestion de la médiation ; elle pourrait aussi suggérer que la délégation permettrait aux personnes vulnérables et incapables de participer, de déléguer la gestion du conflit à des membres de leur famille ou à des personnes de confiance. Ceci étant, il convient de considérer que le dispositif est très favorable à la participation personnelle des parties. L'intéressé est en effet celui qui a la meilleure connaissance de ses intérêts¹⁸.

3. La médiation déléguée

Dans le système original issu du décret législatif 28/2010, le juge pouvait inviter les parties à recourir à la médiation. Il s'agissait d'une forme facultative de médiation, car les parties étaient libres de ne pas accepter l'invitation du juge et de décider de poursuivre le procès¹⁹. A la suite des modifications introduites par le décret législatif 69/2013, la médiation déléguée par le juge devient contraignante. Le tribunal de première instance et

la Cour d'appel, sur la base de l'article 5, alinéa 2 de la nouvelle rédaction du décret, peuvent ordonner une tentative de médiation.

L'appréciation du juge se fait sur la base d'une pluralité de facteurs tels que la nature du litige, l'état de l'instruction et le comportement des parties. Ces dernières ne pourront pas se soustraire à l'invitation du juge. La bonne exécution de la tentative conditionne la recevabilité de la demande.

Les données recueillies par le ministère de la Justice montrent que, dans les cas où le juge ordonne la médiation sur la base de son appréciation discrétionnaire, le taux d'accord est plus élevé²⁰. Sur la base de ces données, la Commission Luiso a proposé de renforcer la médiation déléguée. Cette orientation suppose notamment que des opérateurs soient formés. Une disposition portée par le texte prévoyant une exigence de formation à la médiation, même pour les juges, revêt une importance particulière ; les formations suivies font l'objet d'une reconnaissance et sont prises en compte dans la carrière des magistrats. Pour rencontrer le succès attendu, elle requiert la coopération des juridictions, des universités, des avocats, des associations et des organismes professionnels de médiation.

L'expérimentation menée dans certains tribunaux italiens a montré que la médiation déléguée par le juge produisait un effet de déflation important du rôle des affaires²¹.

¹⁶ Loi 206/2021 art.1 par. 4 e) ; G. Reali, *La mediazione obbligatoria riformata*, voir *Giusto proc. civ.*, 2014, p. 747 et s.

¹⁷ Loi 206/2021, art. 1 par. 4, lettre f).

¹⁸ T. FRANZA, *La mediazione demandata fra problemi interpretativi e false convinzioni: la sentenza della cassazione 7 marzo 2019, n. 8473, dans Mediazione dei conflitti. Una scelta condivisa*, édité par P. Lucarelli Milano 2019, pp. 25-42.

¹⁹ FRANZA, op. cit. loc. cit.

²⁰ FRANZA, op. cit. loc. cit. ; E. Gasbarrini, *La mediazione c.d. « demandata », ai sensi dell'art.5, c.2, d.lgs n.28/2010 in Manuale della mediazione civile e commerciale*, éd. E. Fabiani, M. Leo, ML Cenni, Naples, 2012, p. 230 et s. ; P. Lucarelli, art. 5, *Condizione di procedibilità e rapporti con il processo*, in *La Nuova disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali*, éd. A. Bandini et N. Soldati, Milan, 2010, p. 111 et s. ; G. Reali, *La mediazione obbligatoria e delegata: riflessi sul processo civile*, *Annales de la Faculté de droit, Tarente*, 2011, pp 531 ss.

²¹ LUCARELLI, *Mediazione dei conflitti. Una scelta condivisa*, cité, dédié au projet de recherche de l'Université de Florence intitulé « Giustizia semplice » et aux données recueillies suite à l'expérimentation. Voir notamment, parmi les essais qui y sont contenus, E. Guazzesi, *I dati di giustizia semplice*, pp. 173-223; voir aussi P. Lucarelli, *Mediazione su ordine del giudice a Firenze. Prassi, problemi e linee guida di un modello*, Milan, 2015.

4. La formation des médiateurs

L'une des questions au centre de l'agenda de la Commission et de la loi concerne la formation des opérateurs judiciaires aux modes alternatifs de règlement des conflits. On considère souvent en Italie que cet aspect est quasiment ignoré par la réglementation en vigueur.

En effet, une réforme qui prévoirait une telle extension des modes amiables sans se préoccuper de l'adaptation des formations universitaires, des parcours professionnels des avocats, des opérateurs judiciaires et des magistrats serait probablement inachevée²². La perspective ouverte par la réforme en cours s'accompagne inévitablement de la construction d'un réseau collaboratif entre professionnels, universités, ordres professionnels, instances de médiation, qui montre pour la première fois la définition partagée de nouveaux modèles de justice. La réglementation actuelle prévoit une obligation de formation de seulement 50 heures²³. Le sujet de la formation a donc fait l'objet d'une attention particulière de la part du Parlement. Les opérateurs du droit s'accordent en effet sur le fait qu'il ne peut y avoir de bonne médiation sans que l'ensemble du système œuvre dans le sens d'une amélioration des normes de qualité²⁴. L'importance de la formation est soulignée par le législateur européen dans la directive 2008/52/CE.

Les lettres *l), m) n)* du paragraphe 4 de la loi n. 206 du 25 novembre 2021 prévoient, précisément, des modifications des exigences de qualité et de transparence de la procédure de médiation, avec une référence particulière à la formation des médiateurs et aux critères de qualification des organismes de médiation. Le texte législatif encourage l'augmentation du nombre d'heures de formation et encadre les critères d'éligibilité pour l'accréditation des formateurs. La loi donne, en

effet, une indication claire sur la compétence juridique des médiateurs. Rappelons que la réglementation actuelle en Italie permet l'accès à la qualification de médiateur à tous ceux qui sont titulaires d'un baccalauréat ou sont inscrits dans un ordre professionnel. Dans la nouvelle législation, ceux qui n'ont pas obtenu de diplôme dans les disciplines juridiques ne pourront exercer l'activité de médiateur qu'après avoir obtenu une formation adéquate grâce à des cours spécifiques d'études juridiques.

La politique du législateur est explicite : pour atteindre les objectifs d'équité et d'efficacité du système d'administration de la justice, il est nécessaire de renforcer la formation et par conséquent la compétence des médiateurs²⁵.

La Commission Luiso fournit quelques indications supplémentaires pour la formation. En particulier, l'intervention doit tenir compte des indications de l'article 4 de la directive 2008/52/CE selon laquelle les États membres doivent encourager l'élaboration et le respect de codes de bonne conduite par les médiateurs et les organisations fournissant des services de médiation, ainsi que tout autre mécanisme efficace de contrôle de la qualité.

En outre, les États membres sont invités à promouvoir les formations, initiales et continues, des médiateurs afin de garantir une gestion efficace, impartiale et compétente de la médiation. En particulier, lors de la révision des programmes de formation, il faudra tenir compte des exigences minimales de compétences des médiateurs indiquées par la CEPEJ et par le « Code de conduite européen des médiateurs ». Le code établit que « *les médiateurs doivent être compétents et avoir une connaissance approfondie de la médiation* ». Une formation adéquate devrait être complétée par le médiateur par une mise à jour continue de ses compétences et de sa pratique²⁶.

²² M. R. MARELLA, E. Rigo, *Le cliniche legali, i beni comuni e la globalizzazione dei modelli di accesso alla giustizia e di lawyering*, dans la *Revue crit. droit. privé*, 2015, n. 4, p. 537-556; T. Greco, *L'orizzonte del giurista tra autonomia ed eteronomia*, dans *La formazione del giurista. Contributi a una riflessione*, édité par B. Pasciuta, L. Loschiavo, Rome, 2018, pp. 45-68; MA Foddai, *Apprendere la giustizia*, dans *La mediazione dei conflitti. Una scelta condivisa* édité par P. Lucarelli, cité, pp. 1-10.

²³ D.m. n. 180/2010, art. 18, par. 2 lett. *f)*.

²⁴ M. MARINARO, *La formazione alla mediazione dei conflitti. Spunti di riflessione e percorsi per la riforma*, in *Judicium*, juillet 2021, <https://www.judicium.it/la-formazione> (dernier accès le 28 janvier 2022).

²⁵ F. SASSANO, *La riforma della giustizia civile. Approvata in via definitiva in data 25 novembre*, Rimini, 2021.

²⁶ Dir. article 1.1 ; v. M. Marinaro, *La scelta dell'organismo di mediazione*, en ligne www.costozero.it, 12 mars 2019.

Par ailleurs, afin de renforcer les exigences de qualité et de transparence il est nécessaire d'appliquer les principes du Code de conduite européen des instances de médiation²⁷. La poursuite des objectifs de qualité et d'efficacité doit également être coordonnée avec la formation sur le terrain universitaire afin d'enrichir la préparation du juriste d'une culture de résolution pacifique des conflits.

Enfin, l'encadrement, l'accompagnement et le suivi statistique par le ministère de la Justice sont considérés comme des activités essentielles qui permettent une révision et une coordination de la législation actuelle afin de stimuler et d'orienter les bonnes pratiques et l'initiation de protocoles entre les opérateurs.

5. Conclusion

Dans les paragraphes précédents ont été illustrées certaines des mesures introduites par la réforme. Elle représente un renouvellement et un renforcement substantiel de l'institution de la médiation qui est traitée sous tous ses aspects.

L'élargissement du caractère obligatoire à de nouvelles matières revêt une importance particulière. Cette étape apparaît nécessaire, car, si aujourd'hui le caractère obligatoire était atténué ou éliminé, les postures contentieuses ou non-amiabes, encore très répandues, prévaudraient, excluant la médiation même dans les cas où le recours au procès judiciaire ne représente pas la voie la plus rationnelle.

Le rôle dévolu à la médiation déléguée par le juge représente l'un des piliers sur lesquels s'appuiera la réforme pour deux raisons. Tout d'abord, il y a un assentiment pour dire que la résolution « naturelle » des conflits n'est pas nécessairement la résolution juridictionnelle. Ensuite, les voies amiables de résolution des litiges offrent des perspectives importantes de marchés. Les synergies entre juge, médiateur, avocat, université représentent des conditions préalables pour un usage plus efficace de la médiation en mesure d'apporter une réponse aux exigences des citoyens.

Pour la réussite de la médiation, il est nécessaire d'engager une réflexion culturelle qui sensibilise la population à la gestion des conflits et surtout à leur prévention.

²⁷ M. CAPPELLETTI - B. Garth, Access to justice: the Worldwide Movement to make Rights Effective. A General Report, dans M. Cappelletti (éd.), Access to justice. A World Survey, Milan-Alphen aan der Rijn, 1978, vol. I, livre 1, pp. 6

Fin de l'élargissement du contrôle des sentences arbitrales

Monsieur le Doyen Thomas Clay, professeur à l'École de droit de la Sorbonne, s'interrogeait déjà²⁸ en 2018 sur les nouvelles pratiques de la Cour d'appel de Paris. À travers ces pratiques, la Cour d'appel tente d'affermir son contrôle sur les sentences arbitrales. La Cour de cassation dans son arrêt du 31 mars 2021 vient précisément mettre un terme à une nouvelle pratique de la Cour d'appel en matière de contrôle des sentences arbitrales. En l'espèce, la société canadienne Rusoro Mining acquiert, entre 2006 et 2008, des participations majoritaires dans plusieurs sociétés aurifères vénézuéliennes détenant des concessions minières et des permis d'exploitation d'or. Le Venezuela adopte, entre 2009 et 2011, des mesures restrictives concernant l'exportation de l'or. Les activités aurifères sont nationalisées par transfert à des sociétés mixtes à participation publique majoritaire. N'ayant pas trouvé de solution avant la fin de la période de négociation, les droits de la société Rusoro et de ses filiales sont éteints de plein droit le 15 mars 2012. La société est donc obligée de se retirer des exploitations dont l'État Vénézuélien a pris possession.

La société Rusoro saisit le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, le 17 juillet 2012, d'une demande d'arbitrage sur le fondement du traité bilatéral d'investissement (TBI) entre le Canada et le Venezuela en date du 1er juillet 1996. Un Tribunal arbitral est formé et condamne, le 22 août 2016, la République Vénézuélienne à payer des indemnités pour expropriation d'investissement sans compensation à la société canadienne sur le fondement de ce même TBI. Le Venezuela forme

un recours devant la Cour d'appel de Paris contre la sentence arbitrale et la cour accueille cette demande sur le fondement de l'article 1520, 1° du Code de procédure civile.

La juridiction parisienne annule la sentence du Tribunal arbitral car selon elle, le Tribunal arbitral n'avait pas compétence à statuer. En effet, l'article XII du TBI indique dans son point 3)d) qu'il n'est possible pour l'investisseur de saisir le Tribunal arbitral que si « *trois ans ou moins se sont écoulés depuis la date à laquelle l'investisseur a pris connaissance ou aurait dû prendre connaissance pour la première fois de la prétendue violation ainsi que de la perte ou du préjudice qu'il a subi* ». Or, en l'espèce, selon la Cour d'appel de Paris, trois ans se sont bien écoulés puisque les premières mesures restrictives ont été prises en 2009. De ce fait, la condition n'étant pas remplie, le Tribunal arbitral ne pouvait pas être constitué.

En considérant que cela concerne la compétence des juges arbitraux et non pas une question de recevabilité des demandes, le juge étatique peut annuler la sentence sur ce fondement. La Cour de cassation vient mettre un terme à cet élargissement en censurant l'arrêt d'appel. En effet, il ne s'agit pas ici du champ d'application temporel, mais bien, d'une question de prescription qui relève de la recevabilité, qui est exclue du contrôle effectué par le juge étatique.

²⁸ Dîner débat organisé par Marc Henry, président de l'Association Française d'Arbitrage le 30 mai 2018.

Loyauté procédurale et clause compromissoire

Un blocage a été provoqué par une partie défenderesse à l'arbitrage. Dans un premier temps elle s'est abstenue délibérément de payer sa part de provisions, provoquant le retrait de l'arbitrage. Dans un second temps, de manière fort peu logique, elle a soulevé l'exception d'incompétence des juridictions étatiques au profit de la juridiction arbitrale.

Les faits sont les suivants. Un franchisé décide d'engager, conformément à la clause compromissoire contenue dans le contrat de franchise, une procédure arbitrale devant la Chambre de commerce internationale (CCI) en vue d'obtenir l'annulation de son contrat. La CCI invite les parties au paiement des frais de provisions. Toutefois, le franchiseur s'est abstenu d'avancer sa part. De ce fait, le dirigeant du franchisé et son liquidateur judiciaire décident de retirer leur demande devant le Tribunal arbitral et assignent le franchiseur devant le Tribunal de commerce. En riposte, le franchiseur se prévaut étonnamment de la clause d'arbitrage. Le Tribunal de commerce se déclare incompétent « pour connaître du litige portant sur le contrat de franchise au profit du Tribunal arbitral de la Chambre de Commerce Internationale de Paris en application de la clause compromissoire ». Les conseillers à la Cour d'appel confirment la décision des juges consulaires. La Cour de cassation n'est toutefois pas de cet avis et casse l'arrêt des juges du fond.

Dans l'affaire jugée, la question était de savoir si, en droit français de l'arbitrage, le défendeur qui refuse de payer sa part de provision, provoquant

ainsi le retrait de la demande d'arbitrage par le demandeur, peut également empêcher valablement le demandeur d'accéder à la justice étatique en se prévalant de l'exception d'incompétence fondée cette fois, sur la clause compromissoire.

Irrecevabilité. En l'espèce, le franchiseur alléguait l'application de l'effet négatif du principe de compétence-compétence pour se soustraire à la compétence étatique. Compte tenu de ce comportement, la Cour de cassation juge, au visa du principe de l'estoppel, que le défendeur n'était plus recevable à soulever l'incompétence du Tribunal de commerce au profit du Tribunal arbitral. En opérant ce choix, la Cour de cassation rend la clause compromissoire inapplicable.

Loyauté procédurale. L'estoppel assure la loyauté des débats. La Haute juridiction a, depuis fort longtemps, consacré le principe de loyauté procédurale²⁹. Une cohérence au cours du débat est alors imposée aux plaideurs. La Cour régulatrice a considéré que d'une part, le refus de payer les frais d'arbitrage d'autre part, de contester la compétence des juridictions étatiques constituaient une violation dudit principe de loyauté procédurale.

²⁹ Cass. 1^{ère} Civ. 6 mars 2009, n°08-10.281 ; Cass. 1^{ère} Civ. 3 février 2010, n°08-21.288

Le contrôle de l'ordre public international par le juge de l'annulation

Dans le présent arrêt, il a été établi que le juge de l'annulation d'une sentence arbitrale doit rechercher si la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est compatible avec l'ordre public international. Une telle recherche n'est ni limitée aux éléments de preuve produits devant les arbitres, ni liée par les constatations, appréciations et qualifications de ces derniers, afin de s'assurer que la production des éléments de preuve respecte le principe de la contradiction et celui d'égalité des armes.

En l'espèce, un citoyen letton acquiert une banque en 2007. A la suite du changement de régime en République du Kirghizistan en avril 2010, la banque (Manas Bank) a été placée sous administration provisoire, puis sous séquestre, jusqu'au prononcé de son insolvabilité en juillet 2015. Ledit citoyen a engagé à Paris une procédure d'arbitrage ad hoc sur le fondement de l'Accord pour la promotion et la protection des investissements entre la République de Lettonie et celle du Kirghizistan (TBI) et du Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international (CNUDCI). En 2014, la République du Kirghizistan a formé un recours en annulation contre la sentence arbitrale. Par un arrêt du 21 février 2017, la Cour d'appel de Paris, annule la sentence reconnaissant des faits de blanchiment et estime que le contrôle exercé par le juge n'est pas limité aux éléments de preuve produits devant les

arbitres, celui-ci n'était pas lié par les constatations, appréciations et qualifications opérées par ces derniers. Le citoyen letton a alors formé un pourvoi devant la Cour de cassation. Dans l'arrêt du 23 mars 2022, la Cour de cassation rappelle le principe de non-révision au fond des sentences arbitrales et précise l'étendue des pouvoirs du juge.

Objet du contrôle - La Cour de cassation réaffirme une jurisprudence constante : le principe de non-révision au fond des sentences. Le juge qui contrôle la sentence ne doit pas juger à nouveau le fond du litige tranché par le Tribunal arbitral. En d'autres termes, sont contrôlés les effets de la sentence dans l'ordre juridique français et non la sentence elle-même. Ce principe a été confirmé par la Cour de cassation dans un arrêt du 12 février 2014³⁰, énonçant que « *le juge de l'annulation est juge de la sentence pour admettre ou refuser son insertion dans l'ordre juridique français et non juge de l'affaire pour laquelle les parties ont conclu une convention d'arbitrage* ».

Étendue des pouvoirs du juge - La Cour de cassation en suivant la Cour d'appel entérine les solutions rendues à partir de l'arrêt Thales du 18 novembre 2004 de la Cour d'appel de Paris³¹, qui venait limiter le contrôle du juge de l'annulation au regard du respect de l'ordre public international par le Tribunal arbitral aux « violations manifestes ». Ce contrôle limité du juge de l'annulation a été confirmé par la Cour de cassation dans l'arrêt Société Cytec³² pour les seules « atteintes flagrantes, effectives et concrètes ». En effet, dans ce dernier arrêt, la Cour de cassation précise que la recherche pour la défense de l'ordre public international n'est « ni limitée aux éléments de preuve produits devant les arbitres ni liée par les constatations, appréciations et qualifications opérées par eux, [le seul office du juge] à cet égard consistant à s'assurer que la production des éléments de preuve devant elle respectait le principe de la contradiction et celui d'égalité des armes ».

Coexistence entre le principe de non-révision des sentences arbitrales et le contrôle élargi de la conformité de la sentence à l'ordre public - Le

³⁰ Cass. 1 re civ., 12 févr. 2014, n° 10-17.076

³¹ Paris, 18 novembre 2004, n° 2002/19606

³² Civ. 1re, 4 juin 2008, n° 06-15.320

contrôle par le juge de l'annulation en fait et en droit du respect de l'ordre public par les sentences arbitrales est exclusif de toute révision au fond « dès lors que ce réexamen n'a pas pour objet de vérifier le bien ou le mal-jugé du litige primaire, mais la satisfaction des conditions de régularité internationale du jugement étranger »³³. En ce sens, les arrêts Thales et Cytec suggèrent que le juge étatique n'est pas juge du procès, mais de la sentence.

L'évolution de la notion de violation à l'ordre public international - Dans la jurisprudence antérieure (arrêts Thales et Cytec) ne pouvaient être sanctionnées que les « *atteintes flagrantes, effectives et concrètes* » ou les « *violations manifestes* ». Dans cet arrêt, la Cour de cassation remplace la violation « *flagrante, effective et concrète* » de l'ordre public international par une violation « *caractérisée* ». Toutefois, l'utilisation des termes de « *violation caractérisée* » est assez floue et méritera d'être précisée. Affaire à suivre...

**EDITÉ PAR LA CHAMBRE DE
MÉDIATION, DE CONCILIATION ET
D'ARBITRAGE D'OCCITANIE**

Siège : 2 rue Alsace-Lorraine - 31000
Toulouse

Siège administratif: 10 Boulevard d'Arcole -
31000 Toulouse

Email: cmcao@cmcao.fr

Site Internet : www.arbitrage-toulouse.com

Directeur de publication:
M. Laurent POSOCCO

Imprimeur : CMCAO
Dépôt légal : octobre 2022
ISSN n°2781-0860

Revue spécialisée à Comité de Lecture :
- Juan Pablo CORREA DEL CASSO,
Président
- Giovanni Maria UDA
- Lukas RASS-MASSON
- Dario FARACE
- Jean-François RAVINA
- Raimondo MOTRONI
- Nathalie PETIT-CLAUSTRE, *Secrétaire*

ACTUALITÉS

1. Les prix décernés par l'Académie de Législation

L'Académie de Législation, avec le soutien de la Chambre de Médiation, de Conciliation et d'Arbitrage d'Occitanie a décerné un prix à la meilleure thèse en MARD et arbitrage.

En 2022, le prix Hébraud a été décerné à Joseph DALMASSO (Panthéon-Assas-Paris II) pour sa thèse sur « *La réparation du dommage moral dans l'arbitrage international* » (Dir. Charles JARROSSON).

Il a reçu une médaille de l'Académie, un diplôme mais aussi un prix de 800 euros.

La CMCAO félicite chaleureusement Monsieur DALMASSO pour son succès.

2. Création d'un Centre de Médiation et d'Arbitrage des Notaires de Paris

La Chambre des notaires de Paris a créé en 2020 le Centre de Médiation et d'Arbitrage des Notaires de Paris (CMANOT).

Ce centre est destiné à régler les litiges liés à la compétence notariale notamment en matière immobilière, en matière d'entreprise (cessions de fonds de commerce, baux commerciaux) ou en matière familiale (pour tous les litiges et notamment ceux relatifs à la liquidation des successions, des régimes matrimoniaux, aux donations, aux divorces, aux PACS).

³³ L. Ch. DELANOY, « Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation : trois constats, trois propositions », Rev. arb. 2007. 177.