



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

**CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN, SECRÉTAIRE GÉNÉRAL DU CONSEIL GÉNÉRAL
DU POUVOIR JUDICIAIRE,**

**J'ATTESTE : QUE L'ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE DU CONSEIL GÉNÉRAL DU
POUVOIR JUDICIAIRE, LORS DE SA RÉUNION AYANT EU LIEU À CE JOUR, A
APPROUVÉ LE RAPPORT DE L'AVANT-PROJET DE LOI DE RÉFORME DE LA LOI
60/2003, DU 23 DÉCEMBRE, D'ARBITRAGE ET DE RÉGLEMENTATION DE
L'ARBITRAGE INSTITUTIONNEL DANS L'ADMINISTRATION GÉNÉRALE DE
L'ÉTAT**

I

ANTÉCÉDENTS

En date du 9 mars 2010, a été présenté auprès du Registre du Conseil Général du Pouvoir Judiciaire, en provenance du Ministère de la Justice, *l'Avant-projet de Loi de réforme de la Loi 60/2003, du 23 décembre, d'Arbitrage et de réglementation de l'Arbitrage Institutionnel dans l'Administration Générale de l'État*, à l'effet de la communication du rapport réglementaire, conformément à l'article 108.1 de la Loi Organique 6/1985, du 1er juillet, du Pouvoir Judiciaire (LOPJ).

En date du 11 mars 2010 M. José Manuel Gómez Benítez a été désigné Rapporteur et la Commission d'Études et de Rapports lors de sa réunion du 13 mai 2010, a approuvé le présent Rapport, en convenant de sa communication à l'Assemblée Plénière du Conseil Général du Pouvoir Judiciaire.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

II

REMARQUES GÉNÉRALES CONCERNANT LA FONCTION CONSULTATIVE DU CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

La fonction consultative du Conseil Général du Pouvoir Judiciaire est examinée à l'article 108.1 LOPJ, plus concrètement sa lettre e), détermine que cette fonction a pour objet les avant-projets de lois et les dispositions générales de l'État concernant partiellement ou totalement, entre autres matières mentionnées dans le précepte légal cité, les « normes processuelles ou concernant les aspects juridico-constitutionnels de la tutelle devant les Tribunaux ordinaires de l'exercice des droits fondamentaux et toutes celles qui concerneraient la constitution, l'organisation, le fonctionnement et le gouvernement des Cours et des Tribunaux ».

La partie substantielle de la réforme abordée par l'Avant-projet concerne directement certaines des matières citées, puisqu'elle traite de l'institution de l'arbitrage, qui est un concept juridique alternatif et exclusif de l'action des Tribunaux de Justice dans la résolution de controverses juridiques, mais qui maintient d'importantes zones de contact avec les procédures juridictionnelles, telles que les fonctions de soutien et de contrôle judiciaire de l'arbitrage, les organes compétents pour exercer ces fonctions, le traitement processuel de l'arbitrage et les effets de la sentence arbitrale, pour en citer quelques uns. D'autres matières entrent également dans le cadre du rapport de ce Conseil comme la médiation dans la procédure contentieux-administrative et, dans une moindre mesure, l'arbitrage administratif.

Par ailleurs, outre le fait que ce Conseil se prononce sur les questions qui peuvent concerner la constitutionnalité du texte, où à sa compatibilité et son insertion



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

harmonieuse dans le reste de l'ordonnancement juridique, il réalisera les remarques et les suggestions qu'il estimera appropriées conformément au principe de collaboration entre les organes institutionnels, dans le but de contribuer tant à améliorer la technique législative de la norme projetée, qu'à son applicabilité effective et sa potentielle incidence sur les procédures juridictionnelles.

III

STRUCTURE ET CONTENU

L'Avant-projet se constitue d'un Exposé des Motifs (EM), sous-divisé en quatre alinéas, qui rend compte des objectifs poursuivis par la réforme et de son contenu. Pour donner un bref aperçu de ce qui sera exposé avec plus de détails dans l'alinéa des *remarques générales*, l'Avant-projet prétend, principalement, inciter à l'arbitrage comme moyen alternatif de résolution juridique de conflits de nature civile et commerciale, en améliorant la réglementation actuelle, ainsi que l'initiative législative qui est simultanément instruite avec *l'Avant-projet de Loi de Médiation en Affaires Civiles et Commerciales* (dorénavant « Avant-projet LM »).

Quant au contenu de cette réforme, qui concerne six Lois ordinaires, l'EM évoque la réattribution des fonctions judiciaires dans le soutien à l'arbitrage, au contrôle des sentences arbitrales et à l'exéquatur des sentences arbitrales étrangères ; la restriction de l'arbitrage en équité ; les aspects du statut juridique des arbitres ; l'arbitrage institutionnel pour résoudre des conflits entre l'Administration Générale de l'État et ses entités à caractère instrumentaire; l'insertion dans la procédure contentieux-administrative de la médiation qui rendrait possible un accord transactionnel ; la relation entre la procédure d'apurement collectif des dettes et les



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

mesures conservatoires, d'une part, et l'arbitrage et la médiation, d'autre part ; le traitement processuel de la soumission à l'arbitrage et finalement, l'arbitrage statutaire en matière de contestation des accords de sociétés anonymes.

Le texte de décret-législatif se compose d'onze articles, complétés par sept dispositions finales.

Les onze articles modifient la *Loi 60/2003, du 23 décembre, d'Arbitrage (LA)*, l'objet des articles 1 à 10 étant la modification, totale ou partielle, de l'un ou de plusieurs articles de cette Loi ; quant à l'article 11, il renumérote la disposition additionnelle unique de la LA, qui devient la première et ajoute une nouvelle disposition additionnelle seconde.

Quant aux sept dispositions finales, les cinq premières modifient, respectivement, la *Loi de Procédure Civile, approuvée par Décret Royal du 3 février 1881 (LPC 1881)*, le *Décret Royal Législatif 1564/1989, du 22 décembre, approuvant le texte codifié de la Loi des Sociétés Anonymes (LSA)*, la *Loi 29/1998, du 13 juillet, réglementant la Juridiction Contentieux-Administrative (LJC-A)*, la *Loi 1/2000, du 7 janvier, de Procédure Civile (LPC)* et la *Loi 22/2003, du 9 juillet, sur les Faillites (LF)*.

La disposition finale sixième détermine les titres de compétences exclusifs en faveur de l'État qui offrent une protection à cette Loi, contenus dans l'article 149.1 de la Constitution Espagnole (CE) : législation commerciale et processuelle (6^{ème}) et législation civile (8^{ème}). La jurisprudence du Tribunal Constitutionnel dans les Décisions n° 15/1989, du 26 janvier (FJ 9), n° 62/1991, du 22 mars (FJ 5) et n° 196/1997, du 13 novembre (FJ 12), a considéré que la mise en place d'un système d'arbitrage est une matière attribuée à la compétence de l'État par les titres de compétences de l'article



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

149.1, 5et 6, puisque, étant donné que l'arbitrage étant un « équivalent juridictionnel », moyennant lequel les parties peuvent atteindre les mêmes objectifs qu'avec la juridiction civile (c'est-à-dire, l'obtention d'une décision mettant fin au conflit avec tous les effets de la chose jugée), il est évident que la création d'organes de nature arbitrale et la mise en place de cette procédure comprenant l'intervention d'une tierce personne est une matière propre à la législation processuelle civile, liée, quant aux effets de la sentence arbitrale et au système de recours, à l'Administration de Justice.

Concernant l'arbitrage administratif, la réforme le limite à l'Administration Générale de l'État et aux entités publiques liées à celle-ci, ce qui pourrait expliquer que l'Avant-projet n'évoque pas le titre de compétences dans ce point.

Enfin, la disposition finale septième prévoit une période de vingt jours de *vacatio legis* à partir de la publication de la Loi au "Bulletin Officiel de l'État".

Du point de vue de la technique normative, au vu de la *Résolution du 28 juillet 2005, du Sous-secrétariat* (du Ministère de la Présidence), à travers laquelle l'on fait connaître l'Accord du Conseil des Ministres, du 22 juillet 2005, par lequel sont approuvées les Directives de technique normative (RTN), l'on peut réaliser une série d'objections à la structure formelle de l'Avant-projet :

1^{ère}) Concernant les modifications partielles du texte de décret-législatif de la LA (articles 1 à 11 de l'Avant-projet), l'on aurait dû opter pour un article (unique ou premier, si d'autres le suivaient), avec un titre faisant référence à la modification réalisée de la LA. Cet article devrait se diviser en autant d'alinéa que de préceptes concernés par une nouvelle rédaction, un ajout ou une dérogation, avec un "texte cadre" où l'on évoquerait le précepte concret ou la disposition concernés par la



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

réforme, sans nécessité de spécifier de nouveau dans chaque alinéa le titre de la Loi (directives 500 et suivantes RTN).

2^{ème}) Les autres modifications de Lois ayant un rapport avec l'arbitrage (LPC 1881, LSA, LPC et LF) ou la médiation (LJC-A), devraient faire l'objet d'"articles" et non de "dispositions finales", puisque celles-ci sont réservées –conjointement à d'autres hypothèses- aux "préceptes modifiant le droit en vigueur, lorsque la modification n'est pas l'objet principal de la disposition". Par conséquent, la technique de la "modification multiple" semble être la plus appropriée pour les modifications en matière d'arbitrage, avec l'utilisation d'unités de division en articles différentes pour chacune des lois concernées ; et lorsque la modification concernerait plusieurs préceptes d'une même Loi (LSA, LJC-A, LPC et LF), l'article correspondant devra se diviser en alinéas, un pour chaque article ou disposition concernés (directive 58 RTN), de même que concernant les modifications de la LA.

3^{ème}) La numérotation de la division interne dans les alinéas de certains articles et dispositions finales s'effectue, parfois, en employant des chiffres en toutes lettres ("un", "deux"... , *vid.* les articles 3 et 4 et la disposition finales cinquième) et d'autres fois avec des chiffres arabes ("1", "2" ..., *vid.* les dispositions finales troisième et quatrième), tandis que la numérotation correcte est celle en chiffres arabes (directive 31 RTN).

La disposition finale deuxième pour sa part, devrait se diviser en deux alinéas, un pour chaque article concerné de la LSA, en suivant la technique indiquée.

4^{ème}) La disposition finale septième met en place un délai d'entrée en vigueur de vingt jours à partir de sa publication au "Bulletin Officiel de l'État", qui correspond



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

au délai général de l'article 2.1 du Code Civil (CC), ce qui rend inutile cette disposition, puisque "dans le cas où aucune indication n'était donnée, la norme entrera en vigueur dans les 20 jours après sa publication au "Bulletin Officiel de l'État", conformément à ce qui est disposé dans le Code Civil" [directive 42.f) RTN].

Finalement, l'Avant-projet est accompagné du *Mémoire réglementaire de l'analyse d'impact normatif* (dorénavant "Mémoire"), élaboré par le Secrétariat Général Technique du Ministère de la Justice, conformément au *Décret Royal 1083/2009, du 3 juillet, réglementant le mémoire de l'analyse d'impact normatif*, norme dictée en application aux prévisions contenues dans les articles 22.2 et 24.1, lettres a) et b), de la *Loi 50/1997, du 27 novembre, du Gouvernement*.

Ce Mémoire se compose de quatre alinéas relatifs à (1) *l'opportunité de la proposition*, en termes similaires à ceux qu'emploie l'EM dans ce point ; (2) *au contenu et à l'analyse juridique*, mentionné dans chacun des articles et des dispositions finales –excepté la septième, sur l'entrée en vigueur- de l'Avant-projet, avec une référence succincte à la procédure d'élaboration, ainsi que des phases d'information et d'audience préalables à la communication par le Conseil des Ministres du Parlement; (3) *à l'impact économique et budgétaire*, où l'on affirme que la répercussion économique qu'aura la réforme en matière d'arbitrage est difficile quantifiable, dans la mesure où elle suppose la diminution d'affaires devant les tribunaux et d'options offertes aux secteurs économiques ; l'on remarque également que la réforme n'impliquera pas de nouvelles charges administratives pour les citoyens et les entreprises, ni ne produira d'impact budgétaire, bien qu'elle améliorera l'efficacité des ressources destinées à l'Administration de Justice ; et (4) *à l'impact en raison du genre*, sans que l'on apprécie que l'Avant-projet va avoir "une répercussion du point de vue du genre".



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

IV REMARQUES GÉNÉRALES

1. Finalité de la Réforme

En fonction de l'EM I de l'Avant-projet, la réforme prétend modifier la LA afin de corriger certains aspects qui, dans la pratique de l'arbitrage se sont montrés améliorables, ce qui devra avoir une répercussion sur l'incitation à ce moyen alternatif de résolution de conflits, parallèlement à la réglementation de la médiation abordée dans l'Avant-projet LM. Dans les termes du Mémoire, "la finalité de cet avant-projet est d'optimiser l'efficacité de l'institution d'arbitrage et la confiance qu'accorde la société à celle-ci et, par la même, renforcer la position de l'Espagne en tant que cour d'arbitrage de premier niveau".

Les avantages que l'arbitrage offre face aux procédures judiciaires est monnaie courante : l'on cite leur rapidité, comparée à la durée totale moyenne de ces dernières ; leur nature réservée ; la flexibilité de la procédure et la confiance qu'inspire aux parties le fait que la controverse soit décidée par des personnes désignées par elles-mêmes. Le principal inconvénient mentionné est le coût élevé, puisqu'aux frais et aux dépens qu'entraînent normalement une procédure, il faut ajouter les honoraires des arbitres (bien que cette estimation doive être relativisée si l'on tient compte des multiples instances et degrés de juridiction possibles dans une procédure judiciaire). En pratique, et en laissant de côté l'arbitrage de consommation –qui n'est pas concerné par la réforme- l'arbitrage est généralement utilisé dans les litiges de grande envergure ; dans les questions d'une complexité technique considérable ; et surtout, dans les litiges découlant du commerce international dans lesquels aucun des sujets intervenant ne veut se voir obliger à plaider devant les tribunaux de l'État de la



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

contrepartie.

Il ne fait aucun doute que cet Avant-projet et celui de Médiation vont dans la même direction que ce que l'on a appelé « *processus de déjudiciarisation* » de certaines affaires, afin de réduire la charge de travail des organes juridictionnels moyennant le renforcement desdits *systèmes alternatifs de résolution alternative de conflits ou de controverses*, tel que le signale le *Plan stratégique de Modernisation du Système de Justice 2009-2012*, approuvé par le Gouvernement l'année dernière et qui s'adaptent à une nouvelle conception de la justice qui est conçu comme toute procédure appropriée pour la résolution d'un conflit (*vid.* Le Mémoire).

L'alinéa IV du Plan cité, intitulé « [l]es changements que l'on verra en 2012 », inclut un alinéa 7, sur « [r]éduction des temps de démarches et de réponse judiciaire », où il est affirmé que

« La suppression des démarches et des recours, la déjudiciarisation de l'État Civil, la nouvelle Loi de Médiation et d'Arbitrage et la réforme de la procédure pénale en vigueur (juridiction qui représente 70% des affaires judiciaires de notre pays) permettra de contenir l'augmentation de la litigiosité et de la réduire, en allégeant la charge de travail des cours et des tribunaux. Cette contention, ajoutée aux améliorations dans l'organisation augmentera la capacité résolutive annuelle de la justice en optimisant les temps moyens de réponse judiciaire, qui pourront se réduire à une moyenne estimable à environ 30%. »

L'introduction de l'arbitrage administratif constitue également un objectif d'envergure de la réforme, qualifié dans le titre de l'Avant-projet d' « arbitrage institutionnel », pour la résolution de controverses juridiques entre l'Administration



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

Générale de l'État (Administration territoriale), ses Organismes publics (Administration institutionnelle) et d'autres Entités de Droit public dépendantes de celle-ci, ainsi que les controverses juridiques entre les sociétés commerciales étatiques et les fondations du secteur public étatique avec le service public de tutelle.

En se basant sur cette orientation générale, l'Avant-projet aborde une série de modifications qui concernent différentes lois, les principales matières étant celles qui sont étudiées dans les grandes lignes à l'épigraphe suivant, pour faire l'objet d'un examen plus approfondi à l'alinéa V sur l'*analyse du texte de décret-législatif*.

2. Contenu de la Réforme

2.1. REORDINATION DES COMPÉTENCES D'ORGANES JURIDICTIONNELS

L'Avant-projet, conformément à l'*Avant-projet de Loi Organique complémentaire à la Loi pour la réforme de la Loi 60/2003, du 23 décembre, d'Arbitrage et de réglementation de l'Arbitrage Institutionnel dans l'Administration Générale de l'État et à la Loi de Médiation dans les Affaires Civiles et Commerciales, pour la modification de la Loi Organique 6/1985, du 1^{er} juillet, du Pouvoir Judiciaire (désormais « Avant-projet LOPJ »)* – dont l'instruction est simultanée à celui qui est actuellement soumis à la consultation et à celui de Médiation-, aborde à travers des modifications de la LA et de la LPC de 1881, la réattribution de certaines compétences judiciaires qui concernent, essentiellement, les Chambres Civiles et Pénales des Tribunaux Supérieurs de Justice, ainsi que les Chambres Civiles, dans les affaires qui sont placées à hauteur d'autres organes juridictionnels. La nomination judiciaire d'arbitres et la reconnaissance de résolutions arbitrales étrangères, aujourd'hui dans les Tribunaux de Première Instance et dans les Tribunaux de Commerce ; l'annulation de sentences



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

arbitrales, relevant actuellement de la compétence des Cours d'Appel ; et la révision de sentences attribuée à la Chambre Civile du Tribunal Suprême, dans les hypothèses où elle ne le serait pas déjà aux Chambres Civiles et Pénales des Tribunaux Supérieurs de Justice.

Cela signifie, par conséquent, un élargissement de la compétence de ces Chambres, sans que l'on ne prévoit que cela suppose une augmentation significative du volume d'affaires, ni une décharge corrélative pour celles qui sont actuellement compétentes –en outre diminuée parce que, d'ordinaire, les affaires seront réparties entre plus d'organes judiciaires -, selon les données disponibles dans les statistiques judiciaires.

En relation avec ce qui précède, l'on n'a pas opté pour une redistribution complète des compétences comprenant d'autres procédures de soutien à l'arbitrage, telle que l'assistance judiciaire dans l'administration des preuves, l'adoption judiciaires de mesures conservatoires et l'exécution forcée de la sentence arbitrale, cette dernière étant certainement celle qui a la répercussion la plus importante sur la charge de travail, tant par le nombre d'affaires que par la complexité légale et pratique de la procédure d'exécution.

2.2. RÉFORME DE L'ARBITRAGE INSTITUTIONNEL

2.2.1 Généralités à propos de l'arbitrage institutionnel

L'arbitrage institutionnel constitue dans l'actuelle réglementation une modalité d'arbitrage qui assure deux facteurs : (1) la désignation des arbitres et (2) l'administration de l'arbitrage. Face à l'arbitrage *ad hoc* dans lequel les propres parties



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

désignent directement les arbitres ou confient leur désignation à une personne physique ou juridique, l'arbitrage institutionnel suppose que les parties confient la désignation d'arbitres et l'administration de l'arbitrage à certaines personnes juridiques.

L'arbitrage institutionnel a été défini comme le type d'arbitrage moyennant lequel les parties d'une controverse, après convention arbitrale, décident de confier à une entité à caractère corporatif ou institutionnel, qui prévoit dans ses statuts ou ses normes de réglementation, la réalisation de fonctions arbitrales, l'administration de l'arbitrage et la désignation des arbitres conformément à leurs propres Règlements. L'on pourra confier à ces institutions la faculté d'administrer l'arbitrage –fournir les moyens nécessaires pour son déroulement correct et que les arbitres puissent exercer leur fonction – et de désigner les arbitres, mais pas de résoudre la controverse, chose qui revient aux personnes naturelles qui se trouvent en plein exercice de leurs droits civils et réunissent le reste des conditions prévues par les articles 13 et concordants de la LA.

L'EM II de la LA évoque le concept d'*arbitrage institutionnel* de la manière suivante :

« (...) l'expression institution arbitrale fait référence à toute entité, centre ou organisation ayant les caractéristiques prévues, qui aurait un règlement d'arbitrage et qui, conformément à celui-ci, se consacrerait à l'administration d'arbitrages ».

Plus loin, la LA concrétise la réglementation de cette modalité d'arbitrage dans l'article 14 :



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

« 1. Les parties pourront confier l'administration de l'arbitrage et la désignation des arbitres à :

a) Corporations de droit public qui puissent exercer des fonctions arbitrales, selon leurs normes de réglementation et en particulier, le Tribunal de Défense de la Compétence.

b) Associations et entités sans but lucratif dans le statut desquelles l'on prévoit des fonctions arbitrales.

2. Les institutions arbitrales exerceront leurs fonctions conformément à leurs propres règlements. »

Trois conditions ressortent de cette réglementation:

1^{ère}) Les lettres a) et b) qui viennent d'être transcrites correspondent à la classification des personnes juridiques de l'article 35 CC ; dans ces lettres, sont incluses les corporations de droit public et les entités ou associations sans but lucratif, mais, corrélativement, sont exclues, d'une part, les fondations d'intérêt public reconnues par la loi et, d'autre part, les sociétés anonymes, civile et commerciales, puisqu'elles ont une finalité lucrative.

2^{ème}) Ses normes internes doivent prévoir l'exercice de fonctions arbitrales.

3^{ème}) Elles doivent avoir leurs propres Règlements, qui régiront l'administration de l'arbitrage et la désignation des arbitres.

La doctrine a extrait le contenu basique suivant de l'administration de l'arbitrage institutionnel :



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

a) L'acceptation expresse ou tacite du poste, comme manifestation de compétence pour administrer l'arbitrage sur la base de la soumission des parties.

b) L'intégration du contenu potestatif de la convention arbitrale, à défaut d'accord entre les parties.

c) L'aide à l'arbitre durant le déroulement de la procédure arbitrale, quant au matériel et à l'infrastructure.

d) L'aide et la supervision de l'action juridique de l'arbitre pendant le déroulement de la procédure arbitrale, en particulier pour les aspects *in procedendo* et formels de la sentence, susceptibles de provoquer sa nullité.

2.2.2 Arbitrage institutionnel des Corporations de Droit Public

Le sens que donne actuellement l'article 11 LA à ces personnes juridiques se rapproche plus de celui qui ressort de la classification de l'article 35 CC, que d'une conception stricte de ces Corporations, qui est peut-être celle qui s'ajuste le mieux à l'implantation réelle de l'arbitrage institutionnel.

À la conception large des Corporations de Droit Public, répondent aussi bien les Entités Locales, que les Universités et les Administrations corporatives de base privée, ces dernières rassemblant les personnes physiques identifiées par des intérêts professionnels, économiques, patrimoniaux ou sociaux communs, dans lesquels convergent des intérêts publics qui justifient leur définition comme de telles Corporations.

Les Corporations de Droit Public au sens large sont créées ou reconnues par la Loi (article 37.1 CC), celle-ci déterminant les finalités publiques qui donnent la raison d'être à une corporation face à une entité purement associative.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

Quant à leur typologie, elles assurent un support :

- territorial : Corporations Locales
- fonctionnel : elles regroupent les sujets par rapport aux intérêts sectoriels partagés par la collectivité qui serait à la base de chaque corporation concrète.

Les manifestations de corporations sectorielles à base privée qui rassembleraient des intérêts professionnels (Ordres Professionnels) et économiques ou patrimoniaux principalement (p. ex. Chambres de commerce, Industrie, Navigation), répondent à ce substrat fonctionnel, qui cependant ont une importance publique qualifiée, qui justifie qu'un substrat purement associatif soit qualifié par une Loi de création, qui lui attribuerait une personnalité juridique publique et confierait à l'entité corporative une série de fonctions publiques pour l'exercice desquelles elles se soumettent au Droit Administratif et sont contrôlées par la juridiction contentieux-administrative (initiative privée et délégation de la part de l'Administration Publique). Ces entités sont identifiables comme Corporations de Droit Public *au sens strict*. Il s'agit, en résumé, d'entités avec une base associative créées par l'État et pour cela, à caractère public, mais avec une capacité d'autogestion et d'autofinancement, avec la particularité constituée par le caractère obligatoire de l'affiliation à ces dernières pour garantir l'exécution des fins publiques qui leur sont attribuées.

A) Arbitrage institutionnel administratif

La mention aux Corporations de Droit Public à l'article 14.1.a) LA, inclut toutes les entités publiques qui, à l'heure actuelle, se voient confier des arbitrages sectoriels, comme le démontre la mention expresse au Tribunal de Défense de la Compétence (Organisme Autonome déclaré éteint par la disposition additionnelle sixième de la *Loi*



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

15/2007, du 3 juillet, de *Défense de la Compétence*). Outre les institutions publiques arbitrales propres à l'arbitrage de consommation, qui se trouve en marge de la LA – bien que cela ne leur soit d'application supplétive (disposition additionnelle unique LA) –, seulement dans les Lois étatiques, sans compter les dispositions de rang inférieur et le *corpus* normatif de chacune des Communautés Autonomes, se trouvent, sans être exhaustif, les arbitrages institutionnels suivants :

1^{er}) La *Loi du 16 décembre 1954 sur l'expropriation forcée*, mentionne le concept du Jury Provincial d'Expropriation, qui intervient dans le dossier d'évaluation lorsque le propriétaire refuse le prix offert par l'Administration. Le Jury décide exécutoirement du juste prix correspondant aux biens ou aux droits faisant l'objet de l'expropriation, en concluant sa décision par voie de mesure administrative, contre laquelle il est possible d'interposer un recours contentieux-administratif.

2^{ème}) La *Loi 16/1987, d'Ordonnancement des Transports Terrestres*, crée les Assemblées Arbitrales du Transport comme instrument de protection et de défense des parties intervenant dans le transport. Il leur revient de résoudre avec les effets prévus par la législation générale d'arbitrage, les controverses à caractère commercial, apparues suite à l'application des contrats de transport terrestre lorsque, d'un commun accord, elles seraient soumises à leur connaissance par les parties qui interviennent ou par d'autres personnes qui présenteraient un intérêt légitime dans leur application. De la même manière, il devront résoudre, dans des termes identiques, les controverses apparues par rapport aux autres contrats conclus par des entreprises de transport et d'activités auxiliaires et complémentaires du transport, dont l'objet serait directement lié à la prestation en tant que salarié, des services et des activités qui, conformément à ce qui est prévu par cette Loi, sont compris dans le cadre de leur action entrepreneuriale.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

3^{ème}) La *Loi 10/1990, du 15 octobre, du Sport*, prévoit que les questions litigieuses de nature juridico-sportives, qui se posent ou qui pourraient se poser entre les sportifs, les techniciens, les juges ou les arbitres, les Clubs sportifs, les associés, les Fédérations sportives espagnoles, les Liges professionnelles et autres parties concernées, peuvent être résolues à travers l'application de formules spécifiques de conciliation ou d'arbitrage, dans les termes et sous les conditions de la législation de l'État en la matière. À cet effet, les normes statutaires des Fédérations sportives espagnoles pourront prévoir un système de conciliation ou d'arbitrage, dans lequel, entre autres points, figureront les organismes ou les personnes chargées de résoudre ou de décider de ces questions, la procédure à travers laquelle se développeront ces fonctions et les méthodes d'exécution des décisions ou des résolutions découlant des fonctions de conciliation et d'arbitrage.

4^{ème}) Le *Décret Royal Législatif 1/1996, du 12 avril, approuvant le texte codifié de la Loi de Propriété Intellectuelle, en régularisant, en clarifiant et en harmonisant les dispositions légales en vigueur en la matière*, crée au sein du Ministère de la Culture, la Commission Médiatrice et Arbitrale de la Propriété Intellectuelle, pour l'exercice des fonctions de médiation et d'arbitrage que lui attribue cette Loi et en tant qu'organe membre d'envergure nationale. La Commission agit dans sa fonction d'arbitrage en donnant une solution, après que les parties aient au préalable soumis les conflits qui pourraient se produire entre les entités de gestion et les associations d'utilisateurs de son répertoire ou entre ces dernières et les entités de radiodiffusion ; également en fixant un montant de substitution des tarifs généraux à défaut d'accord avec l'entité de gestion, à la demande d'une association d'utilisateurs ou d'une entité de radiodiffusion, tant que celles-ci se soumettent, pour leur part, à la compétence de la Commission. La composition et le fonctionnement de la Commission sont déterminés par voie



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

réglementaire, les intéressés ayant le droit de désigner des représentants faisant partie de la Commission.

5^{ème}) La *Loi 13/1998, du 4 mai, d'Ordonnement du Marché des Tabacs et de Norme Tributaire*, crée le Commissariat pour le Marché des Tabacs, avec une nature d'Organisme autonome de ceux étant compris dans la *Loi 6/1997, du 14 avril, d'Organisation et de Fonctionnement de l'Administration Générale de l'État* (LOFAGE), une personnalité juridique propre et une pleine capacité publique, agissant en régime de Droit Administratif et attaché au Ministère de l'Économie et des Finances. Parmi ses fonctions se trouvent celle d'exercer l'arbitrage dans les conflits entre opérateurs que les parties lui confient, lorsque qu'elles ne reviennent pas à un autre organe de l'Administration.

6^{ème}) La *Loi 34/1998, du 7 octobre, du secteur des hydrocarbures*, dans sa disposition additionnelle onzième crée la Commission Nationale de l'Énergie, qui se définit comme un organisme public avec une personnalité juridique et une pleine capacité d'agir. La Commission est affectée au Ministère de l'Industrie et de l'Énergie et elle est en outre régie par ce que dispose cette Loi et d'autres normes de développement, par la LOFAGE. Parmi ses fonctions se trouve celle d'agir en tant qu'organe arbitral dans les conflits qui se produisent entre les sujets qui réalisent des activités dans le secteur électrique ou des hydrocarbures. Cette fonction d'arbitrage, qui a un caractère volontaire pour les parties, s'exerce conformément à la législation d'arbitrage et au règlement spécifique sur la procédure arbitrale.

7^{ème}) La *Loi 32/2003, du 3 novembre, Générale des Télécommunications*, crée la Commission du Marché des Télécommunications, organisme public de ceux prévus par la LOFAGE, doté de personnalité juridique et de pleine capacité publique et privée.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

Attachée au Ministère des Sciences et de la Technologie (de l'époque), parmi ses fonctions se trouve celle de la résolution des conflits entre les opérateurs et, le cas échéant, l'exercice en tant qu'organe arbitral des controverses entre ces derniers. La procédure arbitrale s'instaure moyennant un Décret Royal et les sentences que dicterait la Commission auront les effets instaurés par la LA.

8^{ème}) La *Loi 51/2003, du 2 décembre, d'égalité des chances, de non discrimination et d'accessibilité universelle des personnes handicapées*, prévoit que le Gouvernement instaure un système arbitrale qui s'occupe et résolve de manière contraignante et exécutive pour les parties, les plaintes et les réclamations des personnes handicapées en matière d'égalité des chances et de non discrimination, tant qu'il n'existe pas d'indices rationnels de délit, tout cela sans préjudice de la protection administrative et judiciaires qu'il conviendrait dans chaque cas. La soumission des parties au système arbitral est volontaire et doit expressément figurer par écrit.

Le *Décret Royal 1417/2006, du 1^{er} décembre, par lequel est instauré le système arbitral pour la résolution des plaintes et des réclamations en matière d'égalité des chances, de non discrimination et d'accessibilité en raison d'un handicap*, crée les commissions d'arbitrage d'égalité des chances, de non discrimination et d'accessibilité universelle, comme organes membres de gestion et d'administration du système arbitral dans ce domaine. L'on prévoit la constitution d'une Assemblée Arbitrale Centrale d'égalité des chances, de non discrimination et d'accessibilité universelle étatique, attachée au Ministère du Travail et des Affaires Sociales. Cette Assemblée Arbitrale connaît des demandes d'arbitrage présentées par les personnes ayant un handicap ou leurs représentants légaux et par les organisations représentatives des personnes présentant un handicap et leurs familles, du domaine étatique, et qui



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

feraient référence à des plaintes et des réclamations qui concerneraient le cadre territorial supérieur à celui d'une Communauté Autonome, ainsi que les plaintes et les réclamations qui concerneraient les matières de compétence étatique d'exécution. En outre, dans chaque Communauté Autonome et dans les villes de Ceuta et Melilla, est constituée une assemblée arbitrale d'égalité des chances, de non discrimination et d'accessibilité universelle, dont le cadre d'action territorial coïncidera avec celui qui correspondra à ces dernières dans les matières mentionnées. Certaines des fonctions de ces assemblées sont, entre autres, la désignation des arbitres pour chaque procédure, la gestion et l'administration des procédures arbitrales.

9^{ème}) La *Loi Organique 7/2006, du 21 novembre, de protection de la santé et de lutte contre le dopage sportif*, prévoit que la révision, par voie administrative, des décisions dictées par les organes disciplinaires des fédérations sportives espagnoles ou par la Commission de Contrôle et de Suivi de la Santé et du Dopage, soit réalisée par voie arbitrale devant une section spécifique du Comité Espagnol de Discipline Sportive. Ce système spécifique de révision possède la condition de mécanisme substitutif du recours administratif, conformément à l'article 107.2 de la *Loi 30/1992, du 26 novembre, de Régime Juridique des Administrations Publiques et de la Procédure Administrative Commune* (LRJ-PAC). Les décisions du Comité Espagnol de Discipline Sportive dans cette matière épuisent la voie administrative et contre ces dernières, l'on pourra interposer un recours contentieux-administratif.

10^{ème}) La *Loi 15/2007, du 3 juillet, de Défense de la Compétence*, crée la Commission Nationale de la Compétence comme entité de Droit Public avec une personnalité juridique propre et une pleine capacité publique et privée, attachée au Ministère de l'Économie et des Finances. La Commission Nationale de la Compétence agit avec une autonomie organique et fonctionnelle et une entière indépendance par



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

rapport aux Administrations Publiques. Parmi ses fonctions se trouve l'arbitrage que lui soumettent les opérateurs économiques en application de la LA, ainsi que celles confiées par les lois, sans préjudice des compétences correspondant aux organes compétents des Communautés Autonomes dans leurs cadres respectifs.

11^{ème}) La Loi 23/2007, du 8 octobre, de création de la Commission Nationale du Secteur Postal, institue cette Commission, définie comme organisme public ayant une personnalité juridique propre et une pleine capacité pour agir, de ceux prévus par la disposition additionnelle dixième de la LOFAGE. C'est un organisme indépendant d'un point de vue fonctionnel par rapport à l'Administration Générale de l'État, bien qu'il se trouve rattaché au Ministère de l'Équipement. Cette Commission résout les conflits qui se produisent entre l'opérateur prestataire du service postal universel et d'autres opérateurs postaux qui mènent à bien des services inclus dans ce cadre, en relation avec l'existence ou non des droits exclusifs, la suffisance ou l'insuffisance des garanties offertes aux utilisateurs et le droit d'accès au réseau public postal. La résolution a un caractère obligatoire pour les parties et est contestable devant la juridiction contentieux-administrative ; de même, elle agit comme organe arbitral dans les conflits soumis par les opérateurs sociaux, dans le cadre du régime instauré par la LA.

B) Arbitrage institutionnel corporatif

Après la liste précédente des entités assumant l'arbitrage institutionnel administratif, l'on doit faire référence à l'arbitrage institutionnel des Corporations de Droit Public au sens strict, en citant les Lois suivantes :

1^{ère}) La Loi 2/1974, du 13 février, sur les Ordres Professionnels, dispose que



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

l'exercice des fonctions suivantes dans son cadre territorial, revient aux Ordres Professionnels : intervenir, par voie de conciliation ou d'arbitrage, dans les questions qui, pour des raisons professionnelles, se produiraient entre les ordres, et résoudre par sentence arbitrale, à la demande des parties intéressées, les divergences qui pourraient voir le jour concernant l'exécution des obligations émanant des travaux réalisés par les membres des ordres dans l'exercice de la profession.

En particulier, le *Décret Royal 658/2001, du 22 juin, par lequel est approuvé le Statut Général du Barreau Espagnol*, attribue aux Ordres d'Avocats les fonctions suivantes : intervenir, après demande, dans les voies de conciliation ou d'arbitrage, dans les questions qui, pour des raisons professionnelles, se produiraient entre les membres des ordres ou entre ces derniers et leurs clients ; exercer des fonctions d'arbitrage dans les affaires qui leur seraient soumises, ainsi que promouvoir ou participer dans les institutions d'arbitrage ; et résoudre les divergences qui pourraient voir le jour par rapport à l'agissement professionnel des membres et la perception de leurs honoraires, moyennant une sentence arbitrale à laquelle les parties intéressées se soumettraient de manière expresse. De même, entre les attributions de l'Assemblée du Gouvernement des Ordres des Avocats, l'on inclut l'administration d'arbitrages et le prononcé de sentences arbitrales, outre la création et la maintenance de Tribunaux d'Arbitrage. Finalement, parmi les fonctions du Conseil Général du Barreau, l'on mentionne la réalisation des arbitrages.

2^{ème}) La *Loi 3/1993, du 22 mars, Fondamentale des Chambres Officielles de Commerce, de l'Industrie et de la Navigation*, examine parmi les fonctions de caractère publico-administratif des Chambres, l'exercice de fonctions d'arbitrage commercial, national et international, conformément à ce qui est stipulé dans la législation en vigueur. La même fonction se voit attribuée au Conseil Supérieur des Chambres



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

Officielles de Commerce, de l'Industrie et de la Navigation, se définissant comme Corporation de Droit Public, avec une personnalité juridique propre et une pleine capacité d'agir pour la réalisation de ses fins.

Quant à d'autres Corporations de ce type, la *Loi 18/2005, du 30 septembre, par laquelle est dérogée la Loi 23/1986, du 24 décembre, par laquelle sont instaurées les bases du régime juridique des Chambres Agraires*, élimine la réglementation étatique de telles Chambres, ce qui n'implique pas leur suppression, sujet qui revient au cadre de décision des Communautés Autonomes ; Une chose semblable se produit avec les Confréries de Pêcheurs, puisque sans préjudice que la *Loi 3/2001, du 26 mars, de Pêche Maritime de l'État*, ne fasse pas référence à l'exercice de fonctions arbitrales, il faudra s'en remettre à ce que l'Administration Générale de l'État et les Communautés Autonomes leur confient dans le cadre de leurs compétences respectives ; et quant aux Communautés d'Irrigants, la dérogation de la *Loi 29/1985, du 2 août, des Eaux*, qui régleme cette institution, n'est pas un obstacle pour l'attribution de fonctions arbitrales par la norme autonome.

2.2.3. Portée de la réforme

La réforme substitue la teneur de la lettre a) de l'article 11.1 LA (« Corporations de droit public qui peuvent exercer des fonctions arbitrales, selon leurs normes de réglementation et en particulier le Tribunal de Défense de la Compétence »), par des « [e]ntités publiques qui pourraient exercer des fonctions arbitrales, selon leurs normes de réglementation ». Pour le mémoire, cette modification représente une incorporation des entités publiques aux systèmes alternatifs de résolution de controverses.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

L'essentiel est de déterminer si l'on se trouve devant une simple modification terminologique ou s'il s'agit d'une modification de fond importante. L'on suppose que « entités publiques » fait référence à leur nature de personnes de Droit Public, au droit par lequel –bien que ce soit partiellement-, elles sont régies et non, au contraire, à l'appartenance de l'entité au « secteur public », ce qui restreindrait sans justification l'arbitrage institutionnel en laissant de côté les Corporations de Droit Public au sens strict, qui bien qu'étant des entités formellement publiques, ne font partie d'aucune Administration Publique.

2.3. ARBITRAGE ADMINISTRATIF

2.3.1. Localisation systématique de l'arbitrage administratif

De manière préalable à l'étude du contenu de la réforme, il convient de se rapprocher de ce qu'admet la doctrine au sein de la vaste notion d'arbitrage administratif, qui comprend les manières de résolution de conflits suivantes :

1^{ère}) L'arbitrage administratif dans lequel l'Administration est l'une des parties dans un conflit soumis à un arbitrage étranger et dans lequel celle-ci agirait pour la tutelle d'un intérêt public et se verrait conférer des facultés d'*imperium*.

2^{ème}) L'arbitrage privé avec l'Administration, dans lequel celle-ci n'agit pas en tant que tel, mais assujettie au Droit privé et dépourvue de ses facultés d'*imperium*, en soumettant ses conflits à l'arbitrage privé réglementé par la Loi à caractère général, comme n'importe quelle partie privée.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

De manière générale, l'article 88 LRJ-PAC, intitulé *clôture conventionnelle*, examine la possibilité que les Administrations Publiques concluent des accords, des pactes, des conventions ou des contrats avec des personnes aussi bien de Droit public, que de Droit privé, tant qu'elles n'aillent pas à l'encontre de l'Ordonnancement Juridique, ni ne portent sur des matières n'étant pas susceptibles de transaction et ayant pour objet de satisfaire l'intérêt public qu'elles se verraient confier, avec la portée, les effets et le régime juridique spécifique que dans chaque cas, prévoirait la disposition le réglementant, en considérant que de tels mettent fin aux procédures administratives ou s'insèrent dans ces dernières de manière préalable, contraignante ou pas, à la résolution qui y mettrait fin.

En principe, rien n'empêche qu'entre ces instruments, se trouvent des accords ayant pour objet de soumettre la question litigieuse à l'arbitrage.

En particulier, la *Loi 30/2007, du 30 octobre, des Contrats du Secteur Public*, prévoit dans l'article 39 que les sociétés, les organismes et les entités du secteur public n'ayant pas le caractère d'Administrations Publiques, pourront renvoyer à un arbitrage, conformément aux dispositions de la LA, la résolution des différends qui pourraient naître concernant les effets, l'exécution et l'extinction des contrats conclus. Et quant à l'embauche à l'étranger, l'alinéa 3 de sa disposition première exhorte que pour les contrats avec des entreprises étrangères, l'on fasse en sorte, lorsque les circonstances le préconisent, d'incorporer des clauses tendant à résoudre les divergences qui pourraient naître moyennant des formules simples d'arbitrage, en ajoutant que dans ces contrats, l'on pourra transiger après autorisation du Conseil des Ministres ou de l'organe compétent des Communautés Autonomes et des entités locales.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

3^{ème}) L'activité arbitrale de l'Administration, avec deux variantes selon que le conflit à régler est :

a) Entre particuliers, comme cela arrive avec les institutions arbitrales publiques auxquelles il a été fait référence au moment d'évoquer la réforme d'arbitrage institutionnel, auxquelles il faut rajouter les Assemblées arbitrales dans le secteur des consommateurs et des utilisateurs.

b) Entre entités administratives (conflits inter-administratifs). La doctrine considère qu'il est nécessaire qu'il s'agisse d'entités n'étant pas liées par des raisons de hiérarchie ou de tutelle administrative. L'Avant-projet semble introduire un arbitrage de ce type à l'occasion de la réforme de la LA, mais comme l'on verra plus loin, il ne s'adapte pas exactement à ce modèle.

Dans les deux cas, si la décision administrative n'empêche pas un jugement ultérieur sur la même affaire, il s'agira d'un arbitrage impropre. Si l'arbitrage réalisé par l'Administration substitue la procédure judiciaire, nous seront face à un arbitrage authentique.

Dans cette catégorie n'entrerait pas l'arbitrage intra-administratif, comme possibilité de résoudre d'éventuelles controverses entre entités d'une même Administration, ou entre entités liées à une Administration par une relation de dépendance ou de tutelle administrative. L'on reviendra sur ce sujet plus loin puisque cette modalité d'arbitrage administratif est possible d'après l'Avant-projet.

4^{ème}) L'arbitrage comme moyen alternatif de résolution de recours administratifs auquel fait référence l'article 107.2 LRJ-PAC, qui permet que les lois puissent substituer les recours gracieux et hiérarchiques contre les décisions administratives,



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

dans certaines hypothèses ou dans certains cadres sectoriels et lorsque la spécificité de la matière le justifierait, pour d'autres procédures de contestation, de réclamation, de conciliation, de médiation et d'arbitrage, devant des organes membres ou des Commissions spécifiques non soumises à des instructions hiérarchiques. Les décisions de ces procédures de contestation mettent fin à la voie administrative [article 109 e) LRJ-PAC].

Quant à l'articulation de ce qui précède, la disposition additionnelle deuxième de la *Loi 4/1999, du 13 janvier, de modification de la Loi 30/1992, du 26 novembre, du Régime Juridique des Administrations Publiques et de la Procédure Administrative Commune*, a fixé un délai de dix-huit mois pour que le Gouvernement remette au Parlement le ou les projets de loi qui s'avèreraient nécessaire afin de réglementer ces procédures de contestation, de réclamation, de conciliation, de médiation et d'arbitrage substitutifs des recours hiérarchiques et gracieux.

5^{ème}) Finalement, l'activité administrative consiste à résoudre des conflits administratifs moyennant des tribunaux de cette nature (p. ex. Les Tribunaux Económico-Administratifs). Réellement, cette activité de résolution d'affaires de l'Administration dans laquelle la propre Administration serait concernée dans l'exercice de ses pouvoirs d'*Imperium*, ne signifie pas que la décision devra être adoptée par un organe arbitral étranger à l'Administration, mais par des organes purement administratifs, bien qu'ils soient dotés d'un statut d'impartialité plus ou moins vaste, dans le même ordre d'idée de distinguer au sein de l'organisation administrative la ligne de gestion de la résolution de réclamations.

2.3.2. Finalité de l'institutionnalisation de l'arbitrage administratif



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

L'EM III de l'Avant-projet illustre la raison instigatrice de l'introduction de l'arbitrage administratif ou; pour être plus précis, ses modalités d'arbitrage inter ou intra-administratif :

« Il est important de signaler l'introduction d'une nouvelle disposition additionnelle dans la Loi d'Arbitrage qui régleme un cours processuel à caractère ordinaire et institutionnel pour résoudre les conflits internes entre l'Administration Générale de l'Etat et ses Entités instrumentales, en dépassant les mécanismes de fait actuels; qui sont étrangers à la rigueur juridique et à l'objectivité qui sont indispensables dans une organisation qui, par impératif constitutionnel, doit être régie par le Droit et agir au service des intérêts généraux sous la direction du Gouvernement. L'indubitable nature juridico-publique des relations d'organisation au sein de l'Administration rendent indispensable une procédure ordinaire de résolution de conflits, comme celle qui régleme la présente Loi, au-delà des solutions simplement partielles, comme celles qui sont offertes par une certaine ligne jurisprudentielle qui a, jusqu'à présent, refusé aux Organismes Autonomes l'habilitation pour contester les actes de l'Administration mère ; une ligne qui trouve aujourd'hui une confirmation légale dans l'article 20.c) de la Loi Réglementant la Juridiction Contentieux-Administrative. »

Sauf erreur, le pré-législateur fait référence aux hypothèses dans lesquelles la résolution se ferait moyennant les mécanismes d'auto-tutelle exercés par l'organe de contrôle ou l'entité de tutelle, en partie à travers des ordres –assujettis, dans une plus ou moins grande mesure, aux voies formelles de transmission- destinés à modifier la



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

décision de l'organe sous tutelle; en partie à travers la modification des compétences qui permet l'évocation de la connaissance de l'affaire ; ou par la voie du retrait des responsables de la décision, qui occupent généralement des postes à libre désignation et la nomination consécutive d'autres responsables qui procèderaient à la révision d'office de l'acte controversé. Il faut tenir compte d'une circonstance particulièrement importante que mentionne le passage reproduit de la EM, qui est que l'article 20 LJC-A interdit que puissent interposer un recours contentieux-administratif contre l'activité d'une Administration publique, non seulement les organes de cette dernière et les membres de leurs organes inscrits auprès des Ordres Professionnels -sauf si une Loi l'y autorise expressément- mais aussi les Entités de Droit Public, qu'elles soient dépendantes ou liées à l'Etat, les Communautés Autonomes ou les Entités locales, par rapport à l'activité de l'Administration de laquelle elles dépendent. Sont exceptés ceux qui auraient été dotés par la Loi d'un statut spécifique d'autonomie par rapport à cette Administration. Cette prévision est complétée par l'article 44.1 de la même Loi, en vertu duquel l'on ne pourra interposer de recours par la voie administrative pour les litiges entre les Administrations publiques. Néanmoins, lorsqu'une Administration interposerait un recours contentieux-administratif contre une autre -dans l'hypothèse où cela serait admissible-, elle pourra l'intimer préalablement afin qu'elle déroge la disposition, annule ou révoque l'acte, fasse cesser ou modifie l'action matérielle, ou débute l'activité à laquelle elle se verrait obligée.

Ce qui est sous-jacent à cette réglementation qui échappe à la formalisation de conflits inter ou intra-administratifs, c'est la projection des *principes généraux* que la LRJ-PAC proclame dans son article 3 : action des Administrations Publiques conformément aux principes d'efficacité, de hiérarchie, de décentralisation, de déconcentration et de coordination, par rapport aux principes de bonne foi et de confiance légitime dans son action, pour ajouter à l'alinéa 2 que dans leurs relations;



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

les Administrations Publiques sont régies par le principe de coopération.

L'article 4 de la même Loi continue dans cette direction, qui élève dans la catégorie de principe, la loyauté institutionnelle dans l'action et la relation des Administrations Publiques. Cela se manifeste, dans son aspect négatif, à travers l'exercice légitime par les autres Administrations, de leurs compétences et dans son aspect positif, par le fait de leur prêter dans leur propre domaine, coopération et assistance actives que les autres Administrations pourraient réclamer pour l'exercice efficace de leurs compétences.

Par conséquent, la réforme, destinée à institutionnaliser l'arbitrage administratif, modifie d'une part le système de prise de décision et de modification de la résolution adoptée par l'entité sous tutelle, avec une répercussion sur la fonctionnalité administrative ; tandis que, d'autre part, elle instaure un système qui devra avoir une répercussion sur la transparence dans la résolution de ces conflits en apportant des garanties d'objectivité propres au Droit public.

2.3.3. Composition de l'arbitrage administratif

L'article 11 de l'Avant-projet à la LA, intitulé « *controverses administratives* », ajoute à cette Loi une nouvelle disposition additionnelle deuxième, intitulée « *[c]ontroverses juridiques dans l'Administration Générale de l'Etat et ses Organismes publics* » qui, pour son caractère novateur, convient d'être reproduit dans son intégralité:

« 1. Les controverses juridiques importantes qui se produisent entre l'Administration Générale de l'Etat et n'importe lequel des



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

Organismes publics réglementés dans le Titre III et la disposition additionnelle neuvième de la Loi 6/1997, du 14 avril, d'organisation et de fonctionnement de l'Administration Générale de l'Etat, ou les Entités Gestionnaires et les Services communs de la Sécurité Sociale, ou d'autres Entités de Droit public réglementées par leur législation spécifique, qui sont réglementairement déterminées ou entre deux de ces Entités ou plus, elles seront résolues par la procédure prévue dans ce précepte, sans que l'on puisse avoir recours à la voie administrative, ni juridictionnelle pour résoudre ces controverses.

Cette procédure sera, de la même manière, applicable aux controverses juridiques qui se produiraient entre les sociétés commerciales étatiques et les fondations du secteur public étatique avec leur Ministère de tutelle, leur Direction Générale du Patrimoine ou leurs Organismes ou entités publiques qui détiennent la totalité du capital social ou des dotations de ces dernières, sauf si des mécanismes internes de résolution de controverses étaient mis en place.

2. A l'effet de cette disposition, l'on entendra par controverses juridiques importantes celles qui, indépendamment de leur montant, génèreraient ou pourraient générer un grand nombre de réclamations, représentant un montant économique d'au moins 300.000 euros ou qui, d'après l'une des parties, serait d'une importance cruciale pour l'intérêt public.

3. Une fois une controverse présentée, les parties opposées, la



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

feront immédiatement connaître à la Commission Déléguée pour la Résolution de Controverses Administratives. Cette Commission sera présidée par le titulaire du Ministère de la Présidence, aura pour membre de plein droit le titulaire du Ministère de l'Economie et des Finances, le Ministère de la Justice exerçant le rôle de Secrétaire. Le reste des membres sera déterminé réglementairement.

3. (*Sic*) Cette Commission Déléguée réclamera les rapports techniques et juridiques qu'elle estimera nécessaires pour une meilleure connaissance du thème débattu. Les propositions appropriées seront élaborées par le secrétariat de cette Commission.

4. La Commission Déléguée pour la Résolution de Controverses Administratives dictera une résolution en instaurant de manière inaliénable pour les parties, les mesures que chacune d'entre elles devra adopter pour résoudre le conflit ou la controverse en question. La résolution de la Commission Déléguée ne sera pas appelable devant les Tribunaux de Justice par les parties en conflit.

5. Cette procédure de résolution de controverses ne s'appliquera pas :

a) Aux questions de nature pénale, en revanche, elle le sera pour celles relatives à l'exercice des actions civiles découlant de délits ou de fautes.

b) Aux questions de responsabilité comptable qui relèveraient de la compétence de la Cour des Comptes, sujettes à la législation spécifique règlementant cette dernière.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

c) A des conflits d'attributions entre différents organes d'une même Administration publique, qui seront réglementés par leurs dispositions spécifiques.

d) Aux questions des actions de contrôle effectuées par l'Intervention Générale de l'Administration de l'État, réglementées de manière spécifique dans la Loi 47/2003, du 26 novembre, Générale Budgétaire, dans la Loi 38/2003, du 17 novembre, Générales de Subventions et autres normes de développement de ces dernières.

En faisant abstraction pour le moment des aspects subjectifs et de procédure qui seront traités plus loin, l'on abordera maintenant les sujets suivants :

A) Nature juridique de l'arbitrage administratif et localisation systématique de leur réglementation

Il n'est pas superflu de rappeler que la nature juridique des institutions est une propriété d'une importance cruciale, non seulement d'ordre théorique, mais aussi du point de vue pratique, dans la mesure où elle concerne le régime d'application spatial ou temporel des normes et les critères d'interprétation et d'intégration de lacunes légales qui doivent s'extraire de principes qui soient propres à la branche du Droit duquel il s'agit. Pour cette raison, il est temps de s'arrêter sur la nature de l'arbitrage administratif que la réforme introduit dans la LA.

La nature juridique, administrative ou pas, de cet arbitrage peut être remis en question face à des points tels que :

– le même *titre de l'Avant-projet*, qui parle d' « [a]rbitrage Institutionnel dans l'Administration Générale de l'État », en utilisant ainsi le concept d'*arbitrage*



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

institutionnel, propre à la LA, pour faire référence à l'arbitrage administratif.

– La modification de l'article 14 de cette Loi, pour inclure les « entités publiques qui peuvent exercer des fonctions arbitrales, d'après les normes réglementaires », en tant que sujets auxquels les parties peuvent confier l'arbitrage et la désignation d'arbitres pour élucider n'importe quel doute qui limiterait le cadre subjectif des « corporations de droit public »;

– Et l'option législative d'inclure l'arbitrage administratif à la LA et non une norme de nature administrative.

Il s'avère évident qu'une importante partie des principes sur lesquels repose l'arbitrage et qui articulent ses institutions, relèvent du droit privé, le principe dispositif occupant une place prééminente (déclaré dans l'autonomie des parties pour se soumettre à l'arbitrage, définie leur objet, choisir les arbitres ou une institution arbitrale, déterminer la procédure à suivre, se soumettre à un règlement arbitral, contester la sentence arbitrale, etc.). Cette composition légale de l'arbitrage part du principe que «les controverses sur des matières de libre disposition sont susceptibles d'arbitrage conformément au droit» (article 2.1 LA), tandis que l'Administration publique doit agir avec entière soumission à la loi et au Droit (article 103.1 CE), ce sur quoi insiste la LRJ-PAC, qui institue comme principe général l'action avec pleine soumission à la Constitution, à la Loi et au Droit (article 3), et à l'article 12.1, cette même Loi déclare que la compétence -comme ensemble de pouvoirs administratifs- est impérative et sera exercée précisément par les organes administratifs qui se la verraient attribuée comme propre, sauf les cas de délégation ou d'évocation, lorsqu'ils sont effectués dans les termes prévus par cette Loi ou par d'autres. Par conséquent, moyennant l'arbitrage, l'Administration ne cède pas, n'acquiesce pas, ne tolère pas ou n'abandonne pas l'exécution de normes impératives, mais elle défère plutôt la résolution du conflit à un organe qui, par hypothèse, tiendra compte de la légalité et



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

de la juridicité conformément aux principes constitutionnels. Par conséquent, assujettissement au principe de légalité concernant les titres juridiques, avec une possibilité réduite d'habilitation légale expresse pour disposer concernant des concepts susceptibles de quantification (p. ex., montant d'indemnisations).

D'autre part, le cadre d'application de la LA (article 1.1) atteint « les arbitrages dont le lieu se trouverait au sein du territoire espagnol, qu'ils soient de caractère interne ou international, sans préjudice de ce qui est instauré dans les traités desquels l'Espagne ferait partie ou dans les Lois contenant des dispositions spéciales sur l'arbitrage », à l'exclusion des arbitrages du travail (article 1.4 LA), étant d'application supplétoire aux arbitrages prévus dans d'autres Lois (article 1.3 LA). Par conséquent, si la LA est d'application supplétoire aux arbitrages prévus par d'autres lois, *a fortiori* elle devra l'être à un arbitrage *institutionnel* administratif inclus dans la propre LA, qui ne l'exclue pas de son cadre d'application, comme elle le fait en revanche de l'arbitrage du travail. Le fait que la réforme utilise l'instrument normatif de la disposition additionnelle va dans le sens de cette interprétation puisque les dispositions additionnelles, en plus d'autres hypothèses qui n'ont rien à voir, réglementent « [l]es régimes juridiques spéciaux qui ne peuvent pas se trouver dans le texte de décret-législatif. Le régime juridique spécial implique la création de normes réglementant des situations juridiques différentes de celles prévues dans la partie dispositive de la norme » [directive 39.a) RTN] ; en d'autres termes, l'arbitrage administratif apparaît comme un régime spécial de l'arbitrage réglementé dans la LA.

Ce qui a été exposé pourra donner lieu à des situations d'incompatibilité avec le droit administratif, lorsque dans l'arbitrage administratif qu'introduit l'Avant-projet se poseraient des problèmes d'interprétation ou d'intégration normative moyennant l'analogie, étant donné la situation systématique extramuros de la législation



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

administrative. Pour cette raison, il serait conseillé d'éviter le rattachement de l'arbitrage administratif avec la LA et de séparer les deux arbitrages, puisque le régime juridique de cette Loi ne pourra pas être applicable aux relations juridico-administratives dans lesquelles seraient présents des intérêts publics. Il faudra procéder au transfert de l'arbitrage administratif à une norme de cette nature –qui par cohérence du système serait la LRJ-PAC-, puisqu'il faut éclaircir tout doute concernant la nature juridico-administrative de cet arbitrage et son insertion dans le système de résolution de controverses administratives, avec une pleine application des principes informateurs du Droit Administratif. L'incompatibilité entre les principes inspirateurs de la LA et l'arbitrage administratif est telle, qu'elle a mené la doctrine civiliste à considérer des matières exclues de l'arbitrage pour des raisons d'ordre public, celles de nature purement administrative : les tributaires, de fonction publique, de sanction et, en général, les procédures administratives dans lesquelles l'État apparaît investi d'autorité, en exerçant des pouvoirs publics.

B) *Notes caractéristiques de l'arbitrage administratif*

De l'arbitrage administratif réglementé dans l'Avant-projet, l'on peut extraire les différentes notes suivantes :

1^{ère}) Cadre subjectif : en premier lieu, les entités publiques destinataires de cet arbitrage appartiennent au *secteur public étatique* – sauf les consortium dotés de personnalité juridique propre-, les autres Administrations Publiques et les entités publiques liées à celles-ci se trouvant extramuros.

En second lieu, l'on ne prévoit pas l'habilitation de tiers particuliers qui pourraient intervenir dans l'arbitrage en invoquant un intérêt légitime.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

2^{ème}) Cadre matériel : l'arbitrage s'étend à toutes les controverses juridiques *importantes* et, y compris, à tout type de controverses juridiques sans qualification, en fonction des sujets adversaires, néanmoins avec une liste fermée de matières exclues.

3^{ème}) De Droit : S'agissant dans tous les cas de controverses juridiques, elles devront être résolues conformément au Droit, ce qui exclut l'arbitrage d'équité.

4^{ème}) En principe, les controverses doivent être de nature juridico-administratives. En faveur de considérer que les controverses juridiques doivent être de Droit administratif se trouve : 1) le propre titre de l'article 11 de l'Avant-projet – *controverses administratives* – dans son aspect objectif, en référence au droit applicable, puisqu'il ne convient pas de le mettre en relation avec l'aspect subjectif –« controverses administratives » étant donné que des organismes de l'Administration sont impliquées-puisque les sociétés commerciales étatiques et les fondations du secteur public qui ne sont pas Administration Publique doivent également avoir recours à cet arbitrage ; 2) les sujets habilités, tous ceux appartenant au secteur public étatique ; 3) la composition connue de la Commission qui doit dicter la sentence arbitrale ; et 4) la référence à l'exclusion de la voie administrative pour résoudre les controverses entre les entités publiques.

Néanmoins, cette affirmation ne peut pas être réalisée de manière catégorique puisque d'une part, parmi les matières exclues de l'arbitrage, ne se trouvent pas celles du droit civil – l'on y inclut même celles relatives à l'exercice d'actions civiles découlant de délits ou de fautes (alinéa 5, lettre a) – ou du travail, comme le sont expressément les questions de nature strictement pénale dans l'alinéa 5. Par ailleurs, l'interdiction de « pouvoir recourir à la voie administrative ou juridictionnelle pour résoudre ces



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

controverses » ne doit pas être expliquée uniquement en mettant en relation directe et successive la voie administrative avec la voie juridictionnelle contentieux-administrative, mais il convient plutôt de situer les deux voies dans le cadre qui leur est propre et de réserver l'allusion à la voie juridictionnelle aux juridictions civiles et du travail, c'est pourquoi les hypothétiques controverses civiles et du travail qui se produiront entre les entités publiques étatiques devraient nécessairement se soumettre à l'arbitrage administratif.

5) *Ex Lege* : La soumission à l'arbitrage des entités publiques étatiques concernées est expressément instaurée dans la LA.

6) Obligatoire et partiellement exclusif d'autres voies de résolution : Les entités publiques concernées doivent soumettre à l'arbitrage certaines controverses juridique de manière obligatoire. Il ne convient pas d'avoir recours à d'autres voies (« sans que l'on puisse avoir recours à la voie administrative, ni la voie juridictionnelle pour résoudre ces controverses », dispose l'alinéa 1 concernant les controverses juridiques significatives), ni de se soumettre à ces dernières si la contrepartie le faisait. D'après le Mémoire, l'incorporation des entités publiques aux systèmes alternatifs de controverses suppose une renonciation au recours à la juridiction, ce qui doit être nuancé puisque dans les possibles controverses intra-administratives ou lorsque le conflit aurait lieu avec l'organe de contrôle, l'article 20 LJC-A exclut, par principe, la voie judiciaire.

Or, il y a des hypothèses dans lesquelles la Loi admet le recours à la voie judiciaire : (1) lorsqu'une Loi autoriserait expressément les organes d'une Administration publique et les membres de ses organes membres à interposer un recours contentieux-administratif contre l'activité d'une Administration publique ; ou (2)



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

concernant les Entités de Droit public qui seraient dépendantes ou seraient liées à l'État, lorsqu'une Loi les aurait doté d'un statut spécifique d'autonomie par rapport à l'Administration de laquelle elles dépendent, ex article 20 LJC-A. À cela, il convient d'ajouter (3) les hypothèses de controverses intra-administratives où il n'existerait aucun lien de dépendance entre les entités impliquées.

L'exclusion d'autres voies de résolution concerne d'une manière différente les controverses qui se produisent entre les sociétés commerciales étatiques et les fondations du secteur public étatique avec leur Ministère de tutelle, Direction Générale du Patrimoine ou les Organismes ou les entités publiques qui détiendraient la totalité du capital social ou la dotation de celles-là, puisqu'elle laisse ouverte la possibilité, à titre exceptionnel, que « se mettent en place (dans le futur) des mécanismes internes de résolution de controverses ». La référence au caractère «interne» du mécanisme de résolution a une incidence sur l'exclusion de l'accès à la juridiction concernant ce type de conflits.

Le caractère obligatoire de l'arbitrage et l'exclusion de l'accès à la juridiction – lorsque ce dernier est légalement possible dans les conflits entre entités publiques – posent des problèmes de constitutionnalité au vu de la jurisprudence constitutionnelle qui a eu l'occasion de se prononcer à propos du droit au procès –en particulier la procédure contentieux-administrative- des entités publiques légalement habilitées, comme manifestation élémentaire et condition de toutes les autres du droit fondamental à la tutelle judiciaire effective (article 24.1 CE) :

« Ce Tribunal a déclaré dans la DTC 175/2001, du 26 juillet, que « les personnes publiques sont également titulaires du droit d'accès au procès », bien que « cet aspect de l'article 24.1 CE ne prend sous sa tutelle que les



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

personnes publiques face aux Juges et aux Tribunaux, n'ayant pas de rapport avec le législateur ». « Il revient donc à la Loi de procédure –est-il dit dans la Décision- de déterminer les cas pour lesquels les personnes publiques disposent d'actions processuelles pour la défense de l'intérêt général qui leur est confié. Logiquement, cette tâche de configuration légale doit être exercée avec soumission à l'ordonnancement constitutionnel, ce qui empêche non seulement des exclusions processuelles arbitraires, mais aussi celles qui, par leur importance ou leur extension, pourraient rendre méconnaissable le propre droit d'accès au procès. La portée limitée de l'article 24.1 CE concernant les personnes juridiques publiques, selon ce que nous avons dit, par rapport au législateur, sans rapport avec le Juge » (F. 8 ; dans le même sens, DTC 311/2006, du 23 octobre, F. 1).

Or, le Conseil Régional de la Province d'Alava, dans le cas dont il est question, jouit du droit d'accès au procès ou à la juridiction contentieux-administrative par attribution expresse du législateur. En effet, l'article 1.1 LJCA attribue aux Cours et aux Tribunaux de l'ordre contentieux-administratif la connaissance « des prétentions déduites par rapport à l'activité des Administrations publiques sujettes au Droit Administratif ». Pour sa part, l'article 19.1 e) LJCA dispose qu'elles sont légitimées devant l'ordre juridictionnel contentieux-administratif, entre autres personnes juridico-publiques, « les Entités locales territoriales, pour contester les actes et les dispositions concernant le cadre de leur autonomie, émanant des Administration d'État et des Communautés Autonomes, ainsi que des Organismes publics ayant une personnalité juridique propre liés à l'une et à l'autre ou à ceux d'autres Entités locales ». Enfin, l'article 44 LJCA mentionne expressément au sein de la procédure contentieux-administrative les litiges entre les Administrations



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

publiques. Le rappel des préceptes cités de la Loi de la juridiction contentieux-administrative est suffisant pour conclure, comme l'Avocat de l'État le souligne dans sa plaidoirie, que dans notre Ordonnancement, la juridiction contentieux-administrative n'a pas seulement pour mission de contrôler la conformité au Droit de l'activité administrative à l'initiative d'un citoyen, mais également de résoudre les litiges entre les Administrations basés sur le Droit administratif de sorte que, pour ce qui nous concerne, sans dépasser aucun prononcé concernant le grief du demandeur, nous devons affirmer que le Conseil Régional de la Province d'Alava est titulaire du droit fondamental d'accès à la juridiction contentieux-administrative pour contester les actes découlant de la procédure de l'Administration de l'État qui concernent son cadre d'autonomie » (DTC n° 26/2008, du 11 février, FJ 4).

La jurisprudence constitutionnelle a maintenu de manière réitérée que l'incompatibilité de la juridiction et l'arbitrage de droit privé –qui exclut l'accès aux Tribunaux de Justice- ne porte pas atteinte au droit à la tutelle judiciaire effective, parce que l'accès à la juridiction est entre les mains des parties, qui l'excluent librement et volontairement moyennant la convention arbitrale, avec une possible soumission aux tribunaux si l'une d'entre elles interpose une demande et la partie contraire ne s'y oppose pas moyennant un déclinatoire. Mais cette possibilité ne convient pas dans l'arbitrage administratif qu'introduit l'Avant-projet puisque, comme cela a été indiqué, cela est imposé aux parties en conflit de manière obligatoire, ce qui empêche complètement l'accès des Entités publiques impliquées aux Tribunaux de Justice.

Finalement, l'arbitrage administratif du paragraphe 1^{er} de l'alinéa 1 de cette disposition additionnelle –celui où se voient impliquées des entités publiques- se



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

limitant aux controverses juridiques qualifiées de *significatives*, se crée le doute de savoir si la suppression des voies administrative et judiciaire auxquelles fait référence le même paragraphe, n'affecte pas les controverses qui seraient « non significatives », c'est-à-dire, si par rapport à ces dernières il y a une dérogation implicite des dispositions générales, citées *supra*, qui laisseraient hors des voies administratives et judiciaires la majorité des controverses administratives.

7) Effet de chose jugée : La décision arbitrale n'étant en aucun cas susceptible de recours devant les Tribunaux de Justice, ces décisions administratives auront l'effet de la chose jugée –du moins dans leur aspect négatif- comme s'il s'agissait d'une sentence arbitrale de droit privé.

C) *Typologies d'arbitrage administratif*

Tel que semble être réglementé l'arbitrage administratif dans l'Avant-projet, l'on peut ébaucher la classification suivante :

a) Arbitrage vertical, qui se produit entre organes juridiquement dépendants. L'on distingue deux cas

1^{ère}) Controverses entre organes de l'Administration Générale de l'État et les entités publiques respectives dépendantes ou sujettes à une tutelle appartenant à :

- *n'importe lequel* des Organismes publics réglementés dans le Titre III et dans la disposition additionnelle neuvième de la LOFAGE (Agence Étatique d'Administration Tributaire, Conseil Économique et Social et Institut « Cervantès »).
- Entités Gestionnaires et Services Communs de la Sécurité Sociale.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

- Autres Entités de Droit public réglementées par leur législation spécifique qui seraient déterminées réglementairement.

Ce sont les hypothèses du paragraphe 1^{er} de l'alinéa 1 de la nouvelle disposition additionnelle seconde de la LA.

L'on n'exclut pas *ratione personae* les controverses intra-administratives, sauf celles qui concerneraient les organes de l'Administration Générale de l'État, qu'ils appartiennent ou non au même Ministère.

2^{ème}) Controverses du Ministère de tutelle, Direction Générale du Patrimoine ou Organismes ou entités publiques qui détiendraient la totalité du capital social ou dotation, concernant :

- sociétés commerciales étatiques.
- Fondations du secteur public

Le paragraphe 2^{ème} de l'alinéa 1 de la disposition additionnelle citée fait référence à celles-ci.

b) Arbitrage horizontal entre organes non juridiquement dépendants entre eux. Il s'agit de conflits entre deux ou plus des Entités antérieures (paragraphe 1^{er} *in fine* de l'alinéa 1 de la disposition additionnelle seconde LA), c'est-à-dire, ceux cités à la lettre a) lorsqu'il n'y aurait pas de relation d'interdépendance.

La taxonomie détaillée des entités publiques qui ont été mentionnées est reportée à la partie de l'*analyse du texte de décret-législatif* consacré aux éléments subjectifs de l'arbitrage administratif.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

2.4. ARBITRAGE D'ÉQUITÉ

Dans les termes du Tribunal Constitutionnel, l'arbitrage d'équité constitue, d'un point de vue substantif, l'une des hypothèses exceptionnelles auxquelles fait indirectement référence l'article 3.2 CC, lorsqu'en parlant de l'équité dans l'application des normes juridiques, il autorise son usage uniquement de manière exclusive dans les décisions des Tribunaux dans le cas où la Loi le permettait expressément ; Le fait que ce jugement soit personnel, subjectif, de plein arbitre, sans plus de fondement qu'au mieux de « la connaissance » de l'arbitre (DTC n° 43/1988, du 16 mars, FJ 5) constitue l'essence de jugement.

L'Avant-projet supprime l'arbitrage d'équité dans les arbitrages internes, ce que son EM II justifie dans ces termes :

« D'autres modifications de la Loi d'Arbitrage cherchent à accroître aussi bien la sécurité juridique, que l'efficacité de ces procédures au vu de l'expérience de ces dernières années. L'arbitrage d'équité est restreint dans cette optique, sans affecter, logiquement, le cadre spécifique de l'arbitrage de consommation, qui dispose d'une réglementation propre. »

Cette affirmation se concrétise dans le Mémoire où il est affirmé que l'exclusion de l'arbitrage d'équité se produit au vu de la pratique qu'il a engendré et qui s'est traduit par l'annulation fréquente de telles sentences arbitrales par nos tribunaux. En outre, l'EM considère que la *médiation* favorise que ce type d'arbitrage soit transféré à cette institution, où l'accord repose sur les parties et où le personnage de l'amiable compositeur trouve sa place. De cette manière, continue l'EM, est renforcée l'idée de



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

l'arbitrage comme résolution alternative quasi-juridictionnel de conflits qui, sans préjudice de la nécessaire pondération de l'équité dans son application, doit nécessairement être soutenu en Droit.

L'arbitrage d'équité se limite actuellement dans la LA « aux cas dans lesquels les parties l'auraient expressément convenu, que ce soit à travers un renvoi littéral à «l'équité » ou à des termes similaires en tant que décision « en conscience », « ex aequo et bono », ou que l'arbitre agirait comme « compositeur amiable ». Néanmoins, si les parties autorisent la décision en équité et dans le même temps elles indiquent des normes juridiques applicables, les arbitres ne peuvent ignorer cette dernière indication » (EM VII).

Dans ce point, la réforme va dans le même sens que la LA en vigueur, qui a inversé la règle que contenait la *Loi 36/1988, du 5 décembre, d'Arbitrage*, en faveur de l'arbitrage d'équité, pour donner une préférence à l'arbitrage de droit à défaut d'accord des parties, en optant de cette manière pour l'orientation plus généralisée vers le droit comparé.

De l'exclusion de l'arbitrage d'équité est épargné, outre l'arbitrage international, l'arbitrage de consommation, avec un régime propre dont celui de la LA est supplétif, conformément à sa disposition finale unique, qui deviendra la disposition additionnelle première si la réforme prospère.

2.4. ARBITRAGE SOCIÉTAIRE

Le concept d'arbitrage sociétairé ou *statutaire* (ainsi le qualifie le Mémoire) n'est pas une nouveauté dans notre droit, comme instrument pour résoudre les conflits qui



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

pourraient naître entre la société et les associés, entre les propres organes d'administration des sociétés anonymes, ou entre les uns et les autres, en exigeant l'inclusion de la clause d'engagement dans les statuts sociaux. Admis par la doctrine majoritaire, la jurisprudence a eu l'opportunité de se prononcer à ce sujet par rapport à la LA de 1988, doctrine qui est applicable au régime d'arbitrage en vigueur. La Décision de la Chambre Civile du Tribunal Suprême n° 776/2007, du 9 juillet, déclare que

« A) Durant une longue étape, l'opinion majoritaire de la doctrine commerciale, garantie par la jurisprudence du Tribunal Suprême (DTS du 15 octobre 1956, 27 janvier 1988 SIC, 21 mai 1970 et 15 octobre 1971) a considéré que le caractère impératif des normes réglementant la contestation des accords sociaux empêche de soumettre leur validité à l'arbitrage et seules les clauses arbitrales contenues dans les statuts sociaux dans lesquelles se faisait une exception par rapport aux actions de contestation des accords sociaux étaient admises (RDGRN du 27 avril 1989).

La Décision du 18 avril 1998, en suivant le précédent établi par la RDGRN du 19 février 1998, a reflété un important changement doctrinal en déclarant que, en principe, ne sont pas exclues de l'arbitrage et, par conséquent, de la convention arbitrale, la nullité de l'assemblée d'actionnaires et la contestation des accords sociaux ; sans préjudice que, si l'un des sujets se trouve hors du pouvoir de disposition des parties, les arbitres ne puissent pas se prononcer à ce sujet, sous peine de voir annulé totalement ou partiellement la sentence arbitrale, puisque le caractère impératif des normes n'empêche pas son caractère contractuel et, par



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

conséquent, dispositif.

Il ressort de cette doctrine que les Statuts, en tant qu'affaire constitutive qui trouve son origine dans la volonté des fondateurs, peuvent contenir une convention arbitrale pour la résolution de controverses à caractère sociale qui, en maintenant le caractère de règle accessoire des statuts ou parastatutaire, s'émancipe de la volonté des fondateurs pour devenir une règle organique de plus et rattacher non seulement les signataires mais aussi, moyennant leur inscription auprès du Registre du Commerce, en vertu du principe de publicité du registre foncier, les membres présents et futurs, dans la mesure où cela constitue l'un des éléments qui définissent la position de membres, de la même manière dont admettait l'article 163.1.b de la Loi des Coopératives [LC] du 2 avril 1987, dans un précepte incorporé à la disposition additionnelle dixième, alinéa 2, de la LF en vigueur.

B) En vertu du principe Kompetenz-Kompetenz, repris expressément dans la LA en vigueur – non applicable au cas controversé pour des raisons temporelles-, la nullité du contrat ou de l'instrument, dans ce cas précis les Statuts Sociaux, dans lesquels serait contenue la convention arbitrale, ne comporte pas par elle-même la nullité de cette dernière, qui doit opérer, pour sauvegarder la compétence des arbitres, comme une convention indépendante, dont la validité doit être instruite avec soumission aux conditions spécifiques qui lui sont exigibles, indépendamment du jugement que mériterait la demande de déclaration de nullité de cet acte ou instrument dans lequel elle est contenue, puisqu'anticiper un jugement de nullité par rapport à l'affaire juridique dans son ensemble et l'étendre à la



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

clause arbitrale comporterait, comme le dit la partie requérante, de se voir impliqué dans une pétition de principe.

(...)

La conclusion à laquelle l'on doit arriver est que la modification des statuts d'une société qui comporte une soumission à l'arbitrage pour la résolution des conflits sociaux ou un élargissement de son cadre objectif, dans la mesure où elle comporte une forme de restriction ou de limitation du droit à la tutelle judiciaire effective qui peut se faire valoir par la voie de la protection, d'après la jurisprudence constitutionnelle qui vient d'être exposée, exige la condition de l'acceptation des affectés. » (FJ 3^{ème})

Dans notre législation, l'on peut citer comme précédents de l'arbitrage sociétaire : (1) le *Décret Royal 1784/1996, du 16 juillet, approuvant le Règlement du Registre du Commerce (RRM)*, prévoit dans son article 114.2.c) que pourront apparaître dans les inscriptions des sociétés anonymes « [l]e pacte par lequel les associés s'engagent à soumettre à l'arbitrage les controverses de nature sociétaire des associés entre eux et de ces derniers avec la société ou ses organes », et dans les mêmes termes, l'article 175.2 c) concernant les sociétés à responsabilité limitée ; (2) l'alinéa 2 de la disposition additionnelle dixième de la *Loi 27/1999, du 16 juillet, de Coopératives*, n'exclut pas la possibilité de soumettre à l'arbitrage de droit réglementé par la LA de 1988 les accords sociaux, étant donné leur caractère contractuel et dispositif, ni les prétentions de nullité de l'Assemblée Générale, ni la contestation d'accords d'assemblée ou recteurs ; En revanche l'on exclut, conformément aux principes généraux, que l'arbitre puisse se prononcer sur les sujets qui seraient hors du pouvoir de disposition des parties ; (3) De même, la *Loi 2/2007, du 15 mars, des sociétés professionnelles*, prévoit dans l'article 18 (*clause d'arbitrage*) que le contrat social puisse établir que les controverses dérivées de celui-ci, qui verraient le jour



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

entre les associés, entre les associés et les administrateurs et entre n'importe lequel de ces derniers et la société, y compris celles relatives à la séparation, l'exclusion et la détermination de la quote-part de liquidation, soient soumises à l'arbitrage, conformément aux normes réglementant l'institution.

La réforme donne un nouveau contenu aux articles 119 et 122 LSA, pour introduire l'arbitrage comme moyen de contestation des accords sociaux, alternatif à la procédure judiciaire. Comme la soumission des futures questions litigieuses à l'arbitrage doit être volontaire, l'on exige que la clause d'engagement apparaisse dans les statuts sociaux d'origine (articles 119.1 LSA) ou bien soit introduite dans ceux déjà existants moyennant l'accord de tous les associés (article 119.2 LSA). Par conséquent, l'inclusion de cette clause dans l'acte de constitution, dans la partie consacrée aux statuts sociaux qui doivent régir le fonctionnement de la société sera une manifestation de l'autonomie de la volonté, tant que les pactes et les conditions que les associés fondateurs jugeraient opportuns d'instaurer, ne s'opposent pas aux lois, ni ne contredisent les principes qui définissent la société anonyme (article 10 LSA). Enfin, quant à la modification des statuts, la réforme est en accord avec l'article 145 LSA, en vertu duquel toute modification des statuts qui impliquerait de nouvelles obligations pour les actionnaires devra être adoptée avec l'acquiescement des intéressés, ce qui se produit avec l'incorporation aux statuts de la clause d'engagement.

L'imposition de la clause arbitrale aux nouveaux associés ne suppose pas plus que l'autorisation à celle-ci, de la même nature juridique et la même efficacité qu'au reste des clauses statutaires, qui lient les futurs associés et les administrateurs –qu'ils soient associés ou non- qui, à travers leur admission dans la société manifestent leur volonté de respecter les clauses statutaires dûment inscrites.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

Quand aux tiers qui accrédi­teraient un intérêt légitime (*vid.* article 117 LSA), un secteur de la doctrine considère qu'ils ne seront ni habilités à invoquer la clause d'engagement, et ils ne sont pas non plus liés à celle-ci étant donné qu'ils n'ont pas la condition d'actionnaires, c'est pourquoi l'on ne pourra pas leur opposer la clause arbitrale. Pour éviter les incertitudes dans ce point, il conviendrait d'éclaircir si la publicité du registre foncier des statuts sociaux permet l'opposabilité de la clause arbitrale à des tiers, ce qui empêcherait que ceux-ci puissent envisager une procédure judiciaire ayant le même objet.

L'engagement arbitral comprendra uniquement la décision de soumettre la contestation des accords à l'arbitrage, mais pas de ce qui se trouve hors du pouvoir de disposition des associés, comme l'habilitation pour contester ou l'expiration de l'action.

Une autre particularité qu'introduit la réforme consiste à ce que l'administration de l'arbitrage et la désignation des arbitres devront être confiés à une institution arbitrale (article 119.1 LSA).

La réforme régle­mente également les effets sur le Registre du Commerce de la sentence arbitrale dictée par les arbitres (article 122 LSA), sur ce qui reviendra plus loin au moment d'analyser les effets de l'arbitrage socié­taire.

Enfin, ce régime sera applicable à d'autres formes socié­taires, comme la société à responsabilité limitée, par renvoi au régime de la LSA en ce qui concerne la contestation des accords de l'Assemblée Générale (article 56 de la *Loi 2/1995, du 23 mars, des Sociétés à Responsabilité Limitée*).



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

2.6. TRAITEMENT PROCESSUEL DE LA SOUMISSION À L'ARBITRAGE

Les effets que produit la convention arbitrale sont au nombre de deux : positif et négatif (article 11 LA). L'effet positif consiste en l'obligation des parties de respecter ce qui est stipulé ; cet effet suppose, plus concrètement, la faculté de n'importe laquelle des parties de requérir l'arbitrage et de soumettre aux autres parties à la solution que l'arbitrage apporterait à la controverse. L'effet négatif empêche que les Tribunaux de Justice ne connaissent des questions litigieuses faisant l'objet de la convention arbitrale.

Cependant, ces effets restent à la disposition des parties : l'effet positif, parce que ces dernières pourraient d'un commun accord ne pas respecter ce qui est stipulé ; et l'effet négatif, parce que l'une d'entre elles peut avoir recours aux tribunaux et dans un tel cas, il est nécessaire que l'autre fasse valoir l'effet négatif, son opposition moyennant un déclinatoire à la voie judiciaire élue par l'acteur. Si le défendeur ne faisait pas usage du déclinatoire, l'on considèrera qu'il renonce à faire valoir l'effet négatif de la convention arbitrale et même si la convention ne s'éteignait pas, parce que d'autres controverses pourraient voir le jour, cette controverse concrète sera jugée par les tribunaux et non pas par des arbitres.

Après avoir réalisé ce récapitulatif extrait de la meilleure doctrine, il convient de faire une mise au point concernant le traitement processuel que la réforme accorde à la convention arbitrale. D'une part, l'article 2 de l'Avant-projet (*exception d'arbitrage*) modifie l'article 11 LA ; et d'autre part, la disposition finale quatrième donne une nouvelle rédaction aux articles 39, 65.2 et 66.1 LPC. Entre les deux, la relation entre soumission à l'arbitrage et à la procédure s'altère significativement : dans le texte de décret-législatif cité, moyennant la réglementation positive de l'exception d'arbitrage ;



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

et dans la disposition finale quatrième, avec la suppression dans la LPC de toute référence à l'arbitrage dans le déclinatoire par défaut de juridiction.

Dans les termes de l'EM IV et ceux quasi-identiques du Mémoire :

« La réforme des articles 39, 65 et 66 de la Loi de Procédure Civile a pour objet de substituer le traitement dans le déclinatoire de l'arbitrage par celui d'une exception processuelle. Cette modification est liée à la réforme que l'on réalise également de l'article 11 de la Loi d'Arbitrage. De cette manière, l'existence d'une convention arbitrale suppose une exception qui énerve une possible action devant un tribunal, laquelle ne doit pas être traitée comme un défaut de juridiction ou de compétence qui devrait être soulignée moyennant un déclinatoire. La juridiction est une donnée processuelle, toujours analysable d'office et dont le défaut est à l'origine de la nullité de ce qui a été instruit. L'exception d'arbitrage est un empêchement ou un obstacle processuel, que seules les parties peuvent opposer, et si elles ne le font pas, le tribunal continuera de connaître d'un litige pour lequel il a juridiction. »

Les traitements processuels que les Loïs de procédure civile ont donné à la soumission aux arbitres, ont été les suivantes :

a) *Exception processuelle de la LPC 1881*, prévue comme *dilatoire* exclusivement dans le jugement déclaratif ordinaire pour une somme élevée. L'article 533.8^{ème} de ce corps légal mentionnait comme exception dilatoire la soumission de la question litigieuse à l'arbitrage. Les exceptions dilatoires devaient être proposées dans les six jours, à compter du jour suivant la notification de l'ordonnance, en la communiquant pour répondre à la demande (article 535). L'on communiquait cet écrit



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

à la partie demanderesse dans les trois jours en formulant et en décidant de l'article dans la forme instaurée pour les incidents (article 537). L'ordonnance statuant sur les exceptions dilatoires était appellable et dans le cas où elle déboutait l'exception, elle le faisait avec effet dévolutif, sans suspension de la procédure qui se poursuivait jusque la décision (article 538). Une fois le rejet des exceptions dilatoires notifié, elle disposait de dix jours pour répondre à la demande (article 539).

Si la partie défenderesse n'opposait pas l'exception dans cette séquence, personne ne l'empêchait de le faire ultérieurement dans la réponse à la demande comme *exception processuelle péremptoire*, celle-ci étant statuée lors de la décision conjointement avec la question principale du jugement, puisqu'elle ne produit pas l'effet de suspendre le cours de la demande (articles 535, 542 et 544).

Quant au jugement déclaratif ordinaire de moindre valeur, l'exception de soumission de la question litigieuse à l'arbitrage devait nécessairement être formulée comme péremptoire et se résoudre dans la décision (article 687 LPC 1881). La partie défenderesse pouvait formuler l'exception dans la réponse à la demande et, après cela, répondre par rapport au fond sans que cette manière de faire signifie la soumission ou l'acceptation de la juridiction ordinaire, puisque seulement de cette manière, l'on garantissait la possibilité que la partie défenderesse, en opposant l'exception et en répondant par rapport au fond, ne perde pas d'opportunités processuelles, ni ne souffre de déni de justice, selon la doctrine jurisprudentielle consolidée de la Chambre Civile du Tribunal Suprême (cfr. Parmi les plus récentes, les Décisions n° 284/2007, du 6 mars, n° 741/2007, du 2 juillet, 818/2007, du 10 juillet, 865/2007, du 18 juillet).

b) *Déclinatoire de juridiction* dans la LPC en vigueur. L'alinéa XX de l'EM de la



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

Loi 1/2000 déclare que

« La modification de l'article 11 de la Loi d'Arbitrage est exigée par le changement dans le traitement processuel de la juridiction que la présente Loi opère. Cependant, elle doit en outre, contribuer à renforcer l'efficacité de l'institution arbitrale, puisqu'il sera désormais possible, que la soumission aux arbitres se fasse valoir au sein de la procédure judiciaire, de sorte que le tribunal s'abstienne de connaître dès le commencement, et non à la fin, de cette procédure, comme cela arrivait en raison de la configuration comme exception dilatoire l'allégation d'engagement. »

La nouvelle LPC, outre l'objectif général d'unifier dans le déclinatoire la dispersion du traitement processuel et de la compétence –dans la LPC 1881 avec des instruments tels que le déclinatoire, l'inhibitoire et l'exception processuelle-, a tenté d'éviter, fondamentalement, que la fin de la première instance soit le moment de résoudre les exceptions processuelles – y compris celle de l'arbitrage-, opposées comme péremptoires, avec la possibilité qu'elles soient acceptées, la déclaration d'inefficacité de tout ce qui a été instruit produisant un effet hautement pernicieux.

Le déclinatoire ne se différencie certainement pas, quant à son contenu, de possibles exceptions processuelles, puisqu'elle cherche non seulement à éviter une décision ou une sentence arbitrale condamnatrice, mais aussi à situer l'affaire litigieuse devant le Tribunal de Justice ou arbitral auquel correspondrait la connaissance.

Dans la réforme est donc sous-jacente une conception doctrinale de l'arbitrage, qui se traduit par l'option du prélegislateur en faveur de l'exception processuelle, au



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

détriment du déclinatoire, dans la mesure où il considère que la soumission à l'arbitrage est un obstacle procédural qui n'affecte pas la donnée de la juridiction. Dans l'EM sont clairement liées, en premier lieu, la juridiction comme donnée de la procédure et son appréciation d'office ; et, en second lieu, l'exception d'arbitrage comme empêchement ou obstacle processuelle, que seules les parties peuvent opposer.

Cet exposé est critiquable pour plusieurs raisons : en premier lieu, parce qu'une donnée processuelle comme l'est la juridiction internationale civile – également dénommée *compétence internationale* – des tribunaux espagnols, n'est pas appréciable d'office dans tous les cas, puisqu'il existe des droits internationaux disponibles pour les parties et, par conséquent, susceptibles de soumission du défendeur, l'unique personne habilitée à s'opposer au droit choisi par l'acteur ; en deuxième lieu, parce qu'il est discutable que la soumission à l'arbitrage est un *prius* qui empêche la viabilité du procès, puisque les parties ont convenu d'exclure le litige de la juridiction des tribunaux, en troisième lieu, parce que la renonciation tacite à l'arbitrage se définissant comme forme de *soumission* aux organes judiciaires, aussi bien celle de l'acteur –en présentant la demande- que celle du défendeur – en n'invoquant pas la convention arbitrale-, le traitement processuel doit être le même que celui de la juridiction ou de la compétence lorsque la soumission convient, c'est-à-dire, le mécanisme du déclinatoire ; et pour finir, parce que l'exception processuelle dilatoire rompe l'unité de traitement processuelle instaurée dans la LPC, en introduisant à la LA une institution sans commune mesure dans la Loi de procédure générale.

En enchaînant avec ce dernier, du point de vue de la technique législative, il semble incorrect que le traitement d'une exception qui va être opposée et instruite dans un procès civil, ne soit pas réglementé dans la LPC – qui n'examine pas ce



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

régime pour le traitement des questions processuelles, qui doivent l'être par la voie du déclinatoire ou passer après l'audience préalable ou l'audience de jugement-, sans que l'on ait à le chercher dans un corps légal consacré à l'arbitrage.

2.7. RELATION DE LA MÉDIATION ET L'ARBITRAGE AVEC LA PROCÉDURE D'APUREMENT COLLECTIF

L'Avant-projet dans l'alinéa deux de la disposition finale cinquième modifie l'article 52.1 LF, relatif à la déclaration d'ouverture de la procédure d'apurement collectif et sa relation avec les accords sur la médiation et les conventions arbitrales. Pour la meilleure compréhension de la portée de la réforme et de ses effets, il convient de s'arrêter sur l'exposition du régime en vigueur, pour ensuite passer à la réglementation de l'Avant-projet.

2.7.1. Invalidité et inefficacité actuelle des conventions arbitrales pendant l'instruction de la procédure d'apurement collectif des dettes

Les articles 52 et 53 LF ont actuellement la teneur suivante :

« Article 52. *Procédures arbitrales.*

1. Les conventions arbitrales dans lesquelles représenteraient une partie le débiteur, resteront sans valeur, ni effet pendant l'instruction de la procédure d'apurement collectif des dettes, sans préjudice de ce qui est stipulé dans les traités internationaux.

2. Les procédures arbitrales en cours d'instruction au moment de la déclaration de procédure d'apurement collectif des dettes se poursuivront jusqu'à ce que la sentence soit confirmée, les normes contenues dans les



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

alinéas 2 et 3 de l'article précédent étant d'application. »

« Article 53. *Décisions et sentences sans appel.*

1. Les décisions et les sentences sans appel dictées avant ou après la déclaration de procédure d'apurement collectif des dettes contraignent le juge de celle-ci, lequel donnera aux décisions prononcées le traitement processuel qui conviendra.

2. Ce qui est disposé dans cet article s'entend sans préjudice de l'action assistant l'organe de gestion de la procédure d'apurement collectif des dettes pour contester les conventions et les procédures arbitrales en cas de fraude. »

Comme l'a manifesté la meilleure doctrine, l'invalidité et l'inefficacité provisoire des conventions (article 52.1 LF) n'affecte pas les procédures arbitrales en cours d'instruction au moment de la déclaration de procédure d'apurement collectif, qui se poursuivent jusqu'à ce que la sentence soit « confirmée » – les guillemets sont dus au fait que l'Avant-projet supprime la référence au caractère définitif de la sentence dans la LA, bien qu'il ne la maintienne dans la LF – de la même manière que les jugements déclaratifs qui seraient en attente à la date de la déclaration de procédure d'apurement collectif, qui se poursuivent jusqu'à ce que la décision soit confirmée (article 51.1, incise première LF), et les normes contenues dans les alinéa 2 et 3 de l'article précédent (hypothèses de substitution en cas de suspension des facultés d'administration et de disposition du débiteur et d'intervention) (article 52.2 LF), devant être appliquées aux procédures arbitrales, ni aux sentences sans appel dictées avant et après la déclaration de procédure d'apurement collectif, qui contraignent le juge de celle-ci, lequel attribuera aux résolutions prononcées la soumission des dettes du



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

débiteur à la procédure d'apurement collectif correspondante (article 53.1 LF), sans préjudice de l'action qui assiste l'organe de gestion de la procédure précitée pour contester les conventions et les procédures arbitrales en cas de fraude (articles 53.2 LF).

Or, les effets de la déclaration judiciaire d'apurement collectif sur les jugements et les arbitrages en cours d'instruction ne coïncident pas pleinement : dans le cas des procédures judiciaires, le juge de la procédure d'apurement collectif peut opter pour l'accumulation de ces procédures au jugement universel de procédure d'apurement collectif, lorsque qu'il estimerait que la résolution de ces dernières peut avoir une transcendance substantielle pour la masse active ou pour la masse passive (article 51.1, seconde incise, LF) ; dans le cas des procédures arbitrales en cours, il n'existe pas cette possibilité d'accumulation, puisque les tribunaux de justice manquent de juridiction pour connaître de la question soumise à l'arbitrage.

Une fois que la sentence aura été confirmée, ses prononcés contraignent le juge de la procédure d'apurement collectif qui, néanmoins, donnera aux résolutions sans appel retombées la soumission des dettes du débiteur à la procédure d'apurement collectif correspondante (article 53.1 LF). Cependant, cela ne signifie pas que la sentence arbitrale présente un défaut de portée dans la procédure d'apurement collectif, puisque le crédit reconnu par celle-ci doit nécessairement être inclus dans la liste des créanciers, même si c'est de manière provisoire (article 86.2 LF).

Cela constitue une idée basique de la procédure d'apurement collectif que la déclaration d'apurement collectif produise un effet paralysant des initiatives processuelles individuelles des créanciers du débiteur, qui se produit dans la phase d'exécution, parce qu'il faut renvoyer l'égalité de position juridique des créanciers au



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

moment proprement exécutif et de satisfaction du crédit à l'exécutant, moment auquel il doit déjà être soumis à la discipline commune imposée dans le dossier. Pour cela, il n'y a pas d'obstacle pour l'ouverture de jugements déclaratifs contre le débiteur après la déclaration d'apurement collectif, bien qu'avec la particularité que, s'ils entrent au sein du cadre de la juridiction et de la compétence du juge qui connaît de ce dernier (article 8 LF), la partie promotrice devra user de son droit devant lui et par les formalités indiquées pour l'incident d'apurement collectif (article 50, en rapport avec l'article 192.1, II LF), civil ou du travail, selon la matière dont il s'agit ; ni pour la continuation des procès (et des procédures arbitrales) qui se trouvent à ce moment là en attente devant un juge différent, qui continueront leur instruction devant le même organe judiciaire – en première instance et par voie de recours – jusque la déclaration de confirmation de la sentence ou du prononcé de la sentence, sans préjudice de sa possible accumulation à l'apurement collectif des dettes (des procédures, non pas des procédures arbitrales).

L'inefficacité des conventions arbitrales en attente au moment de la déclaration d'apurement collectif (article 52.1 LF) est une autre conséquence de ce principe : si la convention arbitrale maintenait son efficacité (processuelle) et pouvait être initiée dans celle-ci avec fondement une procédure arbitrale face au débiteur déjà déclaré en apurement collectif des dettes pour résoudre un conflit civil ou commercial relevant de la juridiction ou de la compétence exclusive du juge de l'apurement collectif des dettes, l'on serait en train de violer la norme de l'article 50.1 LF ; pas tant pour avoir initié une procédure ultérieurement à la déclaration d'apurement collectif des dettes sur une matière qui entre dans les compétences exclusives de l'article 8 LF, ce qui est possible, mais aussi parce que ce dernier devra être envisagé devant les arbitres, et non devant le juge de l'apurement collectif des dettes, que le maintien de l'efficacité de la convention priverait de juridiction.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

Excepté les actions qui sont soustraites par mandat légal à la compétence objective du juge de la procédure d'apurement collectif des dettes – celles prévues par l'article 8 LF – auxquelles n'est pas applicable l'article 52.1 LF et peuvent être exercées devant le juge civil compétent ou, le cas échéant, devant l'arbitre ou le comité d'arbitrage, les autres actions civiles et commerciales doivent nécessairement être exercées devant le juge de la procédure d'apurement collectif des dettes – et par conséquent, l'arbitrage est exclus, l'article 52.1 LF étant applicable – tant qu'elles réunissent les deux caractéristiques prévues par la Loi pour qu'elles entrent au sein du cadre de sa compétence : présenter une « transcendance patrimoniale » et se diriger « contre le patrimoine du failli ». Le concept d'actions civiles avec une transcendance patrimoniale englobe les prétentions de tutelle juridique avec un contenu économique, parce qu'elles seules peuvent affecter la masse active ou passive de la procédure d'apurement collectif des dettes et, par conséquent, la compétence du juge qui connaît de celle-ci est justifiée uniquement par rapport à ces dernières.

Si les conventions arbitrales sont déclarées « sans valeur, ni effet pendant l'instruction de la procédure d'apurement collectif des dettes », l'on se trouve face à une inefficacité seulement temporaire de celles-ci (jusqu'à ce que l'apurement collectif se conclut pour l'une des causes légalement prévues) et limitée (aux arbitrages sur les matières attribuées à la compétence du juge de la procédure d'apurement collectif des dettes), qu'il ne convient pas de qualifier d'invalidité dans le sens strict (parce que la convention est valable et efficace pour résoudre certaines controverses) et tant que la procédure arbitrale n'a pas commencé lorsque l'apurement collectif des dettes est déclaré. Inefficacités temporelles qui deviendront effectives uniquement dans le cas où serait ouverte une procédure arbitrale contre le débiteur après la déclaration d'apurement collectif des dettes.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

Pendant l’instruction de la procédure d’apurement collectif des dettes (à partir du moment où est dictée la décision de déclaration), aucune procédure de cette nature « dans lequel le débiteur serait une partie » ne pourra être ouverte et la convention arbitrale ne pourra pas être invoquée non plus dans une procédure judiciaire comme fondement du déclinatoire par soumission de la question litigieuse à l’arbitrage (cfr. article 39 LPC), à l’exception de ce que peuvent disposer les traités internationaux ratifiés par l’Espagne.

Cette privation temporaire de « valeur et d’effet » de la convention qui pourrait être initiée, ouvre au créancier la voie judiciaire face au débiteur failli devant le juge de la procédure d’apurement collectif des dettes et par la voie de l’incident survenu au cours de la procédure d’apurement collectif des dettes (cfr. L’article 50.1 LF, en relation avec l’article 192.1, II LF), sans que le défendeur ne puisse opposer le déclinatoire sur la base d’une convention arbitrale privée d’efficacité.

La continuation jusqu’à la confirmation des décisions des procédures arbitrales en cours d’instruction au moment de la déclaration d’apurement collectif des dettes, n’est autre que le transfert vers ces procédures de la norme générale prévue pour les procédures judiciaires dans l’article 51.1 LF « [I]es jugements déclaratifs dans lesquels le débiteur serait une partie et qui se trouvent en cours d’instruction au moment de la déclaration d’apurement collectif des dettes, se poursuivront jusqu’à ce que la décision soit « confirmée ». L’unique exception, pour le reste, totalement logique s’agissant de procédures arbitrales, est la norme d’accumulation de ces procédures à la procédure d’apurement collectif des dettes, étant donné qu’il s’agit de la compétence du juge de la procédure d’apurement collectif des dettes selon ce qui est prévu par l’article 8 LF (article 51.1 LF).



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

En ce qui concerne le rattachement du juge de la procédure d'apurement collectif des dettes aux sentences « sans appel » que sanctionne l'article 53.1 LF, il se produit indépendamment du fait qu'elles aient été confirmées avant la déclaration d'apurement collectif ou ultérieurement, en vertu de la norme qui ordonne la poursuite des procédures arbitrales en attente (article 52.2 LF). Dans les deux cas, dit le précepte, le juge de la procédure d'apurement collectif doit soumettre les résolutions dictées (y compris les sentences arbitrales) à la procédure de redressement correspondante, dans la masse active ou passive de l'apurement collectif des dettes. Le juge de la procédure d'apurement collectif est rattaché aux sentences « sans appel » parce que celles-ci produisent aussi l'efficacité de chose jugée (article 43 LA). La soumission des dettes du débiteur à la procédure d'apurement collectif correspondant à la sentence devra être celle qui s'ajustera au contenu de la résolution arbitrale, en tenant compte du caractère patrimonial et de l'universalité de la procédure d'apurement collectif : ainsi, il peut s'agir de la reconnaissance d'un crédit face au failli, ou une résolution qui disposerait l'inclusion ou l'exclusion de biens du patrimoine du débiteur. Le crédit reconnu dans une sentence « sans appel » acquiert un caractère indiscutable et sera nécessairement inclus dans la liste de créanciers ; bien-sûr dans la mesure du possible parce que l'organe de gestion de la procédure d'apurement collectif n'aurait pas présenté son rapport avec la *liste des créanciers* en question (articles 74 75 LF). Néanmoins, cette nécessaire inclusion à la liste des créanciers, c'est l'organe de gestion de la procédure précitée qui doit la réaliser, même si la sentence n'a pas été confirmée (article 86.2 LF), bien que dans ce cas, sans le caractère indiscutable et, par conséquent, de manière provisoire. Si avant le moment frappé de forclusion pour présenter le rapport avec la liste, la sentence n'aurait pas été dictée, le crédit correspondant pourra être communiqué et reconnu par l'organe de gestion de la procédure d'apurement collectif, mais également rejeté (articles 85 et 86



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

LF). Bien-sûr, le crédit reconnu sera inclus à la liste avec la qualification correspondante (privilegié, ordinaire ou subordonné) ou avec celle qui lui sera reconnue, le cas échéant, dans la sentence « sans appel », si cette question faisait partie de la controverse décidée par celle-ci.

Dans les procédures arbitrales *ouvertes par le débiteur ultérieurement à la déclaration de la procédure d'apurement collectif*, dans l'hypothèse où l'on admettrait que la suspension de la convention arbitrale de l'article 52.1 LF ne les concerne pas, il n'y a pas de raison pour que la sentence ne puisse pas être exécutée afin d'incorporer ce qui a été obtenu à la *masse active de la procédure d'apurement collectif*, puisque l'article 76.1 LF y inclut les biens que le failli « acquiert jusque la conclusion de la procédure ». Pour le reste, cette exécution sera sollicitée devant le juge compétent, qui ne sera pas celui de la procédure d'apurement collectif, parce que sa compétence s'étend aux exécutions suivies contre le débiteur failli.

Dans tous les cas, le rattachement du juge de la procédure d'apurement collectif aux sentences sans appel dictées avant ou après la déclaration de procédure d'apurement collectif s'entend sans préjudice de la reconnaissance à l'organe chargé de la procédure d'apurement collectif de l'action « pour contester les *conventions et les procédures arbitrales* en cas de fraude » (article 53.2), ce qui n'est, en revanche, pas le cas des *sentences* – qui devront être exercées dans le délai pour émettre son rapport et par la voie du jugement ordinaire (cfr. article 86.2 LF) devant le juge qui sera compétent conformément aux règles générales. Il s'agit, par conséquent, d'une action autonome, dont il faut mettre la reconnaissance en relation avec l'obligation imposée à l'organe chargé de la procédure d'apurement collectif d'inclure (« nécessairement ») dans la liste des créanciers, les crédits reconnus par sentence (article 86.2) et qui a pour finalité d'aboutir à l'exclusion de la procédure d'apurement collectif des crédits



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

que l'organe chargé de la procédure d'apurement collectif considère comme frauduleux.

2.7.2. Insignifiance de la déclaration de procédure d'apurement collectif dans les accords sur la médiation et les conventions arbitrales

La rédaction que propose l'Avant-projet de l'article 52.1 LF est la suivante

« La déclaration de procédure d'apurement collectif, en elle-même, ne concerne pas les accords sur la médiation, ni les conventions arbitrales souscrites par le failli. »

L'EM III justifie la réforme dans ces termes :

« Par ailleurs, liée à la réforme de la Loi d'Arbitrage se trouve la réforme de l'article 52.1 de la Loi sur les Faillites. La nouvelle rédaction s'adapte aux solutions communautaires en la matière et élimine l'incohérence existante jusqu'à ce jour entre les deux alinéas de l'article 52. L'on prétend, avec celle-ci, maintenir la vigueur de la convention arbitrale, tant qu'elle se projette sur de simples actions civiles qui, bien qu'elles puissent arriver à avoir une transcendance patrimoniale sur le débiteur de la procédure d'apurement collectif, pourraient avoir été envisagées indépendamment de la déclaration de procédure d'apurement collectif. C'est le cas, entre autres, des actions relatives à l'existence, la validité ou le montant d'un crédit, celles destinées au recouvrement de dettes en faveur du débiteur, les actions en revendication de propriété sur les biens d'un tiers en possession du débiteur de la procédure d'apurement collectif, les litiges relatifs à des plans de réorganisation conclus



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

entre le débiteur et ses créanciers avant la déclaration d'ouverture. »

Le mémoire ajoute qu'à cet effet, l'on compare les accords de médiation aux conventions arbitrales souscrites par le failli.

Concernant la réforme, l'on doit faire les observations suivantes :

a) La réforme change diamétralement la règle de validité et d'efficacité des conventions arbitrales souscrites par le failli qui n'auraient pas donné lieu à une procédure arbitrale qui se trouverait en cours d'instruction au moment de la déclaration de procédure d'apurement collectif : l'on passe dans cette hypothèse du refus de la validité et de l'efficacité de la convention arbitrale pendant la durée de la procédure d'apurement collectif, à ce que celle-ci ne se voit plus concernée par la déclaration de la procédure d'apurement collectif (tout comme les accords de médiation).

b) L'indemnité des conventions arbitrales aura les conséquences suivantes :

1^{ère}) Si l'une des raisons de la réglementation actuelle est que le juge de la procédure d'apurement collectif étant dans l'incapacité de connaître des futures procédures arbitrales – comme il l'est en revanche pour connaître des futures procédures judiciaires -, il se produirait une situation différente dans les procédures non intentées à la procédure d'apurement collectif, en fonction du cours de résolution du litige, puisque certains seront instruits par le juge de la procédure d'apurement collectif (les demandes ultérieures à la déclaration de la procédure d'apurement collectif), tandis que d'autres seront hors de son



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

contrôle (les arbitrages qui seraient initiés ultérieurement à cette déclaration).

2^{ème}) Comme des procédures arbitrales pourront être initiées ultérieurement à la déclaration de procédure d'apurement collectif, les sentences qui y mettraient fin pourront reconnaître un droit en faveur du créancier qui sera inclus à la masse passive de la procédure d'apurement collectif. Ceci pourra déterminer une modification de la qualification du crédit si avant la sentence, il avait été présenté par le créancier ; Néanmoins, comme cela a déjà été indiqué, cet effet n'est pas nouveau et cela se produit actuellement devant les sentences dictées dans les procédures arbitrales initiées *antérieurement* à la déclaration de la procédure d'apurement collectif, qui ne sont pas suspendues.

3^{ème}) Dans les procédures judiciaires que l'on prétend tenter sur la matière soumise à l'arbitrage, le défendeur aura la possibilité d'opposer l'exception d'engagement. Dans la réglementation actuelle, la suspension de l'efficacité de la convention arbitrale empêche l'allégation de l'engagement moyennant déclinatoire.

4^{ème}) Quant aux « accords de médiation », l'emploi de cette expression peut prêter à équivoques, puisque cela peut tantôt faire référence au pacte par lequel les sujets décident de soumettre la question à la médiation, tantôt à l'accord adopté résultant de cette dernière. La première interprétation entraîne le placement de cette expression au même niveau que les « conventions arbitrales souscrites par le failli », d'où les « accords de médiation » seront les pactes soumis à la médiation et non les accords qui pourraient résulter de ceux-ci. L'Avant-projet LM dans l'article 8.3 fait référence



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

à ce *pacte* :

« Lorsqu'entre les parties en conflit, il existerait une clause par écrit, incorporée à un contrat ou à un accord indépendant, qui exprimerait l'engagement de soumettre à la médiation les controverses apparues ou qui pourraient naître durant leur relation, la procédure négociée de bonne foi sera entamée, avant d'avoir recours à la juridiction ou à une autre solution extrajudiciaire. Cette clause prendra effet même lorsque la controverse porterait sur la validité ou l'existence du contrat dans lequel elle apparaîtrait. »

Néanmoins, le texte de l'Avant-projet LM joue en faveur de la seconde interprétation, qui emploie l'expression « accord de médiation » pour faire allusion exclusivement à l'accord obtenu après la procédure de médiation, c'est-à-dire, à ce que représente la sentence dans l'arbitrage (cfr. articles 28 et cc. Avant-projet LM). Dans cette interprétation, ce qui a été accordé lors de la médiation n'a pas sa place dans l'article 52.1 LF, c'est pourquoi afin d'éviter des équivoques, il faudrait faire allusion au pacte de médiation.

Et concernant l'accord de médiation, si l'on prétend qu'il ait les mêmes effets que la sentence, il faudra le mentionner à l'article 53.1 LF afin de rattacher le juge de la procédure d'apurement collectif.

2.8. MÉDIATION DANS LE CADRE DE LA PROCÉDURE CONTENTIEUX-ADMINISTRATIVE

Il a déjà été signalé dans ce rapport que l'Avant-projet est instruit parallèlement



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

à l'Avant-projet LM, ce qui ne signifie pas que le premier soit totalement étranger au concept de la médiation. Sans préjudice des matières concrètes liées à ce concept que l'on verra par la suite dans *l'analyse du texte de décret-législatif*, il convient maintenant de souligner l'introduction de la médiation dans la procédure contentieux-administrative.

Les modifications de la procédure contentieux-administrative font l'objet de la disposition finale troisième de l'Avant-projet, qui modifie la LJC-A dans l'objectif de « renforcer l'application des systèmes alternatifs de résolution de conflits dans le cadre des Administrations Publiques » (Mémoire).

2.8.1. Prévision actuelle de la possibilité d'accord des parties qui mettrait fin à la controverse dans la procédure contentieux-administrative

L'article 77 LJC-A prévoit que dans les procédures en première instance ou en instance unique, le Juge ou le Tribunal, d'office ou à la demande des parties, une fois la demande et la contestation formulées, *puisse* soumettre à la considération des parties, outre la reconnaissance de faits ou de documents, la *possibilité* d'aboutir à un accord mettant fin à la controverse, lorsque la procédure serait promue sur des matières susceptibles de transaction et, en particulier, lorsqu'elle porterait sur l'estimation d'un montant. La tentative de conciliation ne suspend pas le cours des procédures, sauf dans le cas où toutes les parties présentes le sollicitaient. Le moment frappé de forclusion auquel peut se produire la conclusion est la déclaration de fin du procès avant de prononcer le jugement, ce qui signifie que cette modalité de transaction judiciaire convient à n'importe quel moment antérieur.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

Les représentants des Administrations publiques demandées nécessiteront l'autorisation opportune pour mettre en œuvre la transaction, conformément aux normes réglementant la disposition de l'action de la part de ceux-ci.

En cas d'accord entre les parties qui impliquerait la disparition de la controverse, le Juge ou le Tribunal dicte une ordonnance déclarant la procédure terminée, tant que ce qui a été accordé ne serait manifestement pas contraire à l'ordonnancement juridique, ni préjudiciable à l'intérêt public ou à des tiers.

L'EM VI de la LJC-A justifie cette nouveauté dans les termes suivants :

« Dans le but d'obtenir une rapide résolution des procédures, la Loi arbitre plusieurs facultés aux mains des parties ou de l'organe judiciaire, telles que la possibilité d'entamer le recours moyennant une demande dans certains cas, celle de solliciter que l'on rende un jugement sans nécessité de preuve, d'audience ou de conclusions ou celle de mener à bien une tentative de conciliation. L'atteinte des fins de ces mesures dépendront du critère des Juges et des Magistrats et de la collaboration des parties. »

Comme l'on peut le voir, il s'agit d'une transaction judiciaire qui s'inscrit dans un incident de conciliation, par laquelle les parties arrivent à un accord sur des matières disponibles qui mettent fin au procès avec l'effet de chose jugée. L'accord doit être homologué par le Juge ou le Tribunal moyennant une ordonnance, tant que ce qui a été décidé ne serait manifestement pas contraire à l'ordonnancement juridique, ni préjudiciable à l'intérêt public ou à des tiers : « il est inhérent à la transaction judiciaire que l'initiative du Juge ou du Tribunal, d'office ou à la demande d'une partie et que la convention obtenue par les plaidants soit homologuée par l'organe juridictionnel pour



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

lequel c'est une condition nécessaire qui ne serait manifestement pas contraire à l'ordonnancement juridique, ni préjudiciable à l'intérêt public ou de tiers » (Ordonnance de la Section 1^{ère} de la Chambre Contentieux-Administrative du Tribunal Suprême du 23 novembre 2001).

Cette possibilité est la copie au niveau processuel de la *clôture conventionnelle* de la procédure administrative. L'article 88 LRJ-PAC admet que les Administrations Publiques concluent des accords, des pactes, des conventions ou des contrats avec des personnes tant de Droit Public, que privé, tant qu'ils ne sont pas contraires à l'Ordonnancement Juridique, ni ne portent sur des matières non susceptibles de transaction et qu'ils aient pour objet de satisfaire l'intérêt public qu'ils se voient confier, avec la portée, les effets et le régime juridique spécifique prévu par la disposition le réglementant dans chaque cas, en considérant que de tels mettent finaux procédures administratives ou s'insèrent dans celles-ci de manière préalable, contraignante ou pas, à la résolution qui y mettrait fin.

D'autre part, l'on a déjà observé *supra* que l'article 107.2 LRJ-PAC permet que les lois puissent remplacer les recours hiérarchiques et gracieux – dans certaines hypothèses ou cadres sectoriels et lorsque la spécificité de la matière le justifie -, par d'autres procédures de contestation, de réclamation, de conciliation, de médiation et d'arbitrage, devant des organes membres ou des Commissions spécifiques non soumises à des instructions hiérarchiques. Quant aux réclamations économique-administratives, elles doivent s'ajuster aux procédures instaurées par leur législation spécifique.

Comme l'indique la doctrine, il n'existe aucune norme qui déterminerait quelles matières concrètes peuvent faire l'objet de transaction ou de conciliation,



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

excepté la référence à l'estimation d'un montant ; Cependant, cela n'a pas empêché que certaines matières soient susceptibles de l'être, parmi lesquelles l'on peut citer la passation des marchés publics, les réclamations de montant, la gestion des services publics, les licences d'autorisations et de permis, l'expropriation forcée – l'article 24 LEF prévoit la possibilité d'accord entre l'Administration et le particulier sur l'acquisition des biens ou des droits faisant l'objet de l'expropriation, qui considèrera comme conclus le dossier ouvert (*vid.* de même la DTS 3^{ème} du 15 mars 1997) -, la responsabilité patrimoniale des Administrations Publiques – l'article 8 du *Décret Royal 429/1993, du 26 mars, approuvant le Règlement des procédures des Administrations publiques en matière de responsabilité patrimoniale*, admet que l'organe compétent peut décider avec l'intéressé de l'achèvement conventionnel de la procédure moyennant un accord d'indemnisation – et en général, à des matières de personnel ou de fonctionnaires.

Au contraire, la doctrine soutient que seraient exclus les matières dont l'intérêt public transcende la controverse concrète, comme par exemple les contestations relatives aux dispositions générales dictées par l'Administration.

Notre Droit instaure des procédures d'autorisation pour transiger à celles qui sont soumises aux représentants de l'Administration :

1^{ère}) Le *Décret Royal législatif 1/1994, du 20 juin, approuvant le texte codifié de la Loi Générale de la Sécurité Sociale*, prévoit dans l'article 24 que l'on ne pourra pas transiger judiciairement, ni extrajudiciairement sur les droits de la Sécurité Sociales, ni soumettre à l'arbitrage les conflits qui se produiraient par rapport à ceux-ci, sauf moyennant un Décret Royal décidé en Conseil des Ministres, après audience du Conseil d'État. Néanmoins, si le débiteur de la Sécurité Sociale tombait dans une



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

procédure d'apurement collectif de créanciers, la Trésorerie Générale de la Sécurité Sociale pourra souscrire ou adhérer aux conventions ou aux accords prévus par la Loi sur les Faillites.

2^{ème}) La *Loi 33/2003, du 3 novembre, du Patrimoine des Administrations Publiques*, dans son article 31 (*transaction et soumission à l'arbitrage*) dispose que l'on ne pourra pas transiger judiciairement, ni extrajudiciairement sur les biens et les droits du Patrimoine de l'État, ni soumettre à l'arbitrage les conflits qui se produiraient entre ces derniers, sauf moyennant un Décret Royal décidé en Conseil des Ministres, sur proposition de celui des Finances, après rapport du Conseil d'État en assemblée plénière.

3^{ème}) L'article 7 de la LPG interdit d'accorder des exemptions, des remises de dettes, des remises, ni de moratoires dans le paiement des droits au Trésor Public de l'état, sauf dans les cas et les formes déterminés par les lois, sans préjudice de ce qui est instauré à l'article 16 de la même Loi (non liquidation ou, le cas échéant, annulation et baisse dans la comptabilité des liquidations desquelles résultent des dettes inférieures au montant fixé comme insuffisant pour la couverture du coût que leur taxe et leur recouvrement supposent). Cet article interdit expressément, sans préjudice de ce qui est instauré à l'article 10.2 (souscription et conclusion dans les procédures d'apurement collectif, d'accords et de conventions relatifs aux crédits du Trésor Public de l'état), de transiger judiciairement, ni extrajudiciairement sur les droits du Trésor Public de l'état, ni de soumettre à l'arbitrage les conflits qui se produiraient par rapport à ceux-là, sauf moyennant un Décret Royal décidé en Conseil des Ministres, après audience du Conseil d'État en assemblée plénière.

En accord avec ces dispositions, l'article 21.8 de la *Loi Organique 3/1980, du*



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

22 avril, du Conseil d'État, ordonne que l'Assemblée Plénière de cet Organe soit consulté dans les affaires relatives à des transactions judiciaires et extrajudiciaires sur les droits du Trésor Public et la soumission ou l'arbitrage des conflits qui se produiraient par rapport à ceux-là.

Quant aux administrations autonomes, en général, la norme respective exige l'autorisation du gouvernement ou, en moindre mesure, l'autorisation du président. Dans certains cas, l'autorisation doit être précédée d'un avis conforme du conseil consultatif autonome.

2.8.2. Introduction à la médiation extraprocédurale dans le cadre de la procédure contentieux-administrative

La nouvelle rédaction de l'article 77 LJC-A introduit une série de modifications dans l'incident qui rend possible la reconnaissance de faits et de documents, ainsi que la manière d'arriver à une conciliation qui mettrait fin à la procédure en première ou en unique instance. Étant donné la variété de thèmes qu'entraîne la réforme, dont l'étude attentive est plus propre à l'*analyse du texte de décret-législatif*, ici l'on note simplement ses grandes lignes, qui consistent en l'introduction dans la procédure contentieux-administrative de la possibilité de médiation extraprocédurale, c'est-à-dire, que les parties arrivent à un accord de médiation en dehors du procès et qu'elle puisse y mettre fin, la procédure judiciaire se suspendant entre-temps. Cette médiation sera menée à bien conformément à la réglementation générale de la médiation dans les affaires civiles et commerciales. La possibilité de médiation devra être manifestée aux parties par le tribunal, qui pourra même imposer aux parties la tentative de médiation lorsque la controverse porterait sur l'estimation d'un montant.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

V

ANALYSE DU DISPOSITIF

Pour l'analyse systématique du texte de décret-législatif, l'on suit la méthode expositive trichotomique, en évitant les répétitions sur les points déjà traités dans l'alinéa précédent.

1. Éléments

1.1. ÉLÉMENTS SUBJECTIFS.

1.1.1. *Organes de l'ordre juridictionnel civil*

A) *Arbitrage*

En matière d'arbitrage, la modification concerne ce que l'article 1 de l'Avant-projet dénomme « soutien et contrôle judiciaire de l'arbitrage ».

a) Nomination judiciaire d'arbitres

1^{er}) Compétence objective

La modification de l'article 8.1 LA (article 1 Avant-projet) assigne la compétence objective pour la nomination judiciaire d'arbitres aux Chambres Civile et Pénale des Tribunaux Supérieures de Justice. Vu que cette prévision exige la réforme de la LOPJ, l'Avant-projet LOPJ élargit les attributions de ces Chambres en ajoutant une nouvelle



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

lettre c) à l'article 73.1 LOPJ : « fonctions de soutien et de contrôle de l'arbitrage qui sont instaurées dans la loi ».

La réforme suppose de soustraire cette compétence aussi bien aux Tribunaux de Première Instance – par la modification dans l'Avant-projet de l'article 8.1 LA -, qu'aux *Tribunaux du Commerce*, étant donné que l'Avant-projet LOPJ *abroge* la lettre g) de l'alinéa 2 de l'article 86 ter LOPJ, qui confie à ces Tribunaux les affaires que l'article 8 LA attribue à ceux de Première Instance lorsqu'elles concerneraient les matières mentionnées dans cet alinéa 2 (compétence déloyal, propriété industrielle, propriété intellectuelle, publicité, questions en matière de sociétés commerciales et coopératives, transports, droit maritime et conditions générales de la passation de marché, entre autres).

2^{ème}) Compétence territoriale

La réforme de l'article 8.1 LA ne modifie pas le droit principal et les droits subsidiaires de compétence territoriale et son ordre de préférence, actuellement prévus pour déterminer la compétence territoriale des Tribunaux de Première Instance :

« (...) sera compétente la Chambre Civile et Pénale du Tribunal Supérieur de Justice de la Communauté Autonome où aurait lieu l'arbitrage ; s'il n'est pas encore déterminé, ce sera celle qui correspondra au domicile ou à la résidence habituelle de n'importe lequel des défendeurs ; si aucun d'eux n'avait son domicile ou sa résidence habituelle en Espagne, celle du domicile ou de la résidence habituelle de l'acteur et si ce dernier non plus ne vivait pas en Espagne, celle de leur choix. »



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

b) Annulation et révision de sentences

1^{er}) Compétence objective

La nouvelle rédaction que l'article 1 de l'Avant-projet donne à l'alinéa 5 de l'article 8 LA, attribue aux Chambres Civile et Pénale des Tribunaux Supérieurs de Justice la compétence objective pour connaître de l'action d'annulation de sentences arbitrales.

Quant à la révision de sentences, l'article 43 LA, non concerné pas par la réforme sur ce point, renvoie à la réglementation de la révision de sentences de la LPC, dont l'article 509 prévoit que

« La révision de décisions sans appel sera sollicitée à la Chambre Civile du Tribunal Suprême ou aux Chambres Civile et Pénale des Tribunaux Supérieurs de Justice, conformément à ce qui est stipulé par la Loi Organique du Pouvoir Judiciaire. »

Actuellement, l'article 56.1^{er} LOPJ attribue à la Chambre Civil du Tribunal Suprême la connaissance des recours en révision et son article 73.1.b) assigne aux Chambres Civile et Pénale des Tribunaux Supérieurs de Justice, ainsi qu'aux Chambres Civiles, la connaissance « [d]u recours extraordinaire en révision qu'instaure la Loi contre les décisions dictées par des organes juridictionnels de l'ordre civil ayant un siège dans la Communauté Autonome, en matière de droit civil, régional ou spécial, propre à la Communauté Autonome, si le statut d'Autonomie correspondant a prévu cette attribution ».



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

Corrélativement, l'Avant-projet LOPJ, comme l'on vient de le voir, ajoute une nouvelle lettre c) à l'article 73.1 LOPJ, pour attribuer à ces Chambres la compétence pour le contrôle de l'arbitrage, expression dans laquelle se trouve la connaissance tant de l'action d'annulation, que de la révision, surtout en raison du fait que la LOPJ renvoie à l'article 509 LPC.

Comme cela se produit avec la nomination d'arbitres, cette nouvelle attribution de compétences réduit la compétence d'autres organes juridictionnels : (1) des Cours d'Appel, par rapport à l'action d'annulation (article 8.5 LA) ; et (2) de la Chambre Civile du Tribunal Suprême, en ce qui concerne la révision des sentences arbitrales dans les mêmes cas pour lesquels la connaissance n'est pas attribuée aux Chambres Civile et Pénale des Tribunaux Supérieurs de Justice, par application de l'article 43 LA, qui renvoie à l'article 509 LPC, lequel à son tour renvoie aux articles 56.1^{er} et 73.1.b) LOPJ.

2^{ème}) Compétence territoriale

La modification de l'article 8.5 LA maintient comme critère déterminant de la compétence territoriale le lieu où la sentence aurait été dictée, même si c'est avec une référence aux circonscriptions des Tribunaux Supérieurs de Justice.

B) *Exéquatur*

En matière d'exéquatur, la réforme concerne la connaissance et l'exécution de décisions étrangères, la reconnaissance de résolutions arbitrales étrangères et la reconnaissance et l'exécution d'accords de médiation étrangers.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

a) Reconnaissance et exécution de *résolutions judiciaires* étrangères

1^{er}) Compétence objective

Bien que la disposition finale première de l'Avant-projet donne une nouvelle teneur à l'article 955 LPC 1881 –en vigueur conformément à ce qui est stipulé à l'alinéa 1.3^{ème} de la disposition dérogatoire unique LPC- pour attribuer aux Tribunaux du Commerce la compétence pour la reconnaissance et l'exécution de décisions et autres résolutions judiciaires étrangères portant sur des matières de leur compétence –sauf traité ou autre norme internationale-, la modification de cet article a déjà eu lieu avec l'entrée en vigueur de la *Loi 13/2009, du 3 novembre, de réforme de la législation processuelle pour l'implantation du nouveau Secrétariat-greffe.*

En outre, cette compétence était déjà attribuée aux Tribunaux du Commerce par l'alinéa 3 de l'article 86 ter LOPJ, alinéa ajouté par la *Loi Organique 13/2007, du 19 novembre, pour la poursuite extraterritoriale du trafic illégal ou de l'immigration clandestine de personnes.*

2^{ème}) Compétence territoriale

Par rapport aux critères d'attribution de compétence territoriale, le paragraphe 2^{ème} de l'article 955 renvoie au paragraphe antérieur, c'est-à-dire, à l'endroit où sont déterminés les principales solutions alternatives de droit (le domicile ou le lieu de résidence de la partie face à laquelle l'on sollicite la reconnaissance ou l'exécution, ou le domicile ou le lieu de résidence de la personne à laquelle se réfèrent les effets des décisions et autres résolutions étrangères) et subsidiaires des antérieurs (le lieu



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

d'exécution ou le lieu où les décisions et les résolutions devraient produire leurs effets), tous applicables aux Tribunaux de Première Instance lorsque l'exéquatur relèverait de leur compétence.

b) Reconnaissance de résolutions arbitrales étrangères

À titre d'introduction, il faut préciser que l'arbitrage est national lorsqu'il est régi par la législation espagnole d'arbitrage, alors qu'il est étranger dans le cas contraire. Il peut y avoir, par conséquent, des arbitrages internationaux espagnols régis par la Loi espagnole. La distinction entre arbitrage national et étranger conduit à faire la distinction entre la sentence espagnole et la sentence étrangère, ce qui s'avère capital pour savoir si l'exéquatur est nécessaire ou non. L'article 46.1 LA entend par sentence étrangère « le prononcé hors du territoire espagnol », et selon la *Convention sur la reconnaissance et l'exécution de sentences arbitrales étrangères*, fait à New-York le 10 juin 1958 (Instrument d'adhésion de l'Espagne du 29 avril 1977), est étrangère la sentence dictée dans un état différent de celui dans lequel est demandé l'exéquatur ou qui ne serait pas considéré comme sentence nationale dans cet État (article I).

1^{er}) Compétence objective

En premier lieu, l'Avant-projet LOPJ ajoute dans son article unique, alinéa 1, une nouvelle lettre c) à l'article 73.1 LOPJ, par lequel il attribue aux Chambres Civile et Pénales des Tribunaux Supérieurs de Justice la compétence pour connaître « des pétitions d'exéquatur de sentences étrangères, à moins que, conformément à ce qui est accordé dans les traités ou les normes de l'Union Européenne, leur connaissance revienne à une autre Cour ou Tribunal ». Comme conséquence, le même Avant-projet supprime de l'article 85.5 LOPJ –relatif aux compétences des Tribunaux de Première



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

Instance- la référence à l'exéquatur de sentences étrangères et le même effet dérogatoire se produit dans l'article 86 ter.3 LOPJ par rapport aux Tribunaux du Commerce.

En accord avec ce qui précède, la modification de l'article 955 LPC 1881 – disposition finale première de l'Avant-projet, déplace dans le paragraphe 3^{ème} cette compétence en faveur des Chambres Civile et Pénale des Tribunaux Supérieurs de Justice, en supprimant la référence à cette matière dans le même article, tant son paragraphe 1^{er} – par rapport aux Tribunaux de 1^{ère} Instance-, que dans le paragraphe 2^{ème} – en rapport avec les Tribunaux du Commerce-, dans sa rédaction selon la *Loi 13/2009* déjà citée.

Il faut préciser que l'attribution aux Chambre Civile et Pénale des Tribunaux Supérieurs de Justice concerne uniquement la *reconnaissance* de résolutions arbitrales étrangères, sans déterminer – sauf traité ou disposition de l'Union Européenne- à qui doit revenir l'*exécution* des sentences étrangères homologuées. Bien que les deux Avant-projets suppriment toute référence aux sentences arbitrales – y compris les sollicitudes d'exécution de ces dernières- dans la liste des compétences des Tribunaux de Première Instance et du Commerce (articles 955 LPC 1881 et articles 85.5 et 86 ter.3 LOPJ, respectivement, dans la nouvelle rédaction projetée), la teneur actuelle de l'article 8.6 LA permet de manière indirecte de déterminer que ces Tribunaux seront toujours les organes compétents pour l'exécution :

« Pour l'exéquatur de sentences étrangères, sera compétent l'organe juridictionnel auquel l'ordonnancement processuel civil attribuerait l'exécution des sentences dictées par les Tribunaux étrangers. »



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

Et comme l'on a vu, cette compétence continue d'être localisée au niveau des Tribunaux de Première Instance (articles 955 LPC 1881 et 85.5 LOPJ) et du Commerce (article 86 ter.3 LOPJ).

2^{ème}) Compétence territoriale

Pour l'établissement des critères d'attribution de compétence territoriale, au niveau de la reconnaissance des sentences étrangères, entre les Chambres Civile et Pénale des Tribunaux Supérieurs de Justice, le paragraphe 3^{ème} de l'article 955 LPC 1881 renvoie à ce qui est instauré dans le paragraphe 1^{er} du même article : (1) solutions principales alternatives de droit (le domicile ou le lieu de résidence de la partie face à laquelle l'on sollicite la reconnaissance ou l'exécution, le domicile ou le lieu de résidence de la personne à laquelle se réfèrent les effets des décisions et autres résolutions étrangères) et les droits subsidiaires (le lieu d'exécution ou le lieu où les décisions et les résolutions devraient produire leurs effets).

c) Reconnaissance et exécution d'*accords de médiation* étrangers

1^{er}) Compétence objective

En matière de médiation civile et commerciale, la modification des articles 955 LPC 1881 et 85 LOPJ – auquel ajoute un nouvel alinéa 6 l'article unique, alinéa 2, de l'Avant-projet LOPJ- ajoute la connaissance des demandes de reconnaissance et d'exécution d'«accords de médiation étrangers » aux compétences des Tribunaux de Première Instance.

Il n'y a pas dans l'Avant-projet, ni dans celui que réforme la LOPJ, de mention à



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

la compétence des Tribunaux du Commerce dans leur cadre matériel de cognition, comme il y en a en matière de reconnaissance et d'exécution de résolutions judiciaires étrangères et d'exécution des résolutions arbitrales étrangères.

2^{ème}) Compétence territoriale

La teneur littérale de la modification du paragraphe 1^{er} de l'article 955 LPC 1881 et l'absence de mention à ce sujet dans l'Avant-projet LM (v. articles 31 et 32), peut susciter des doutes d'interprétation concernant quel serait le Tribunal de Première Instance territorialement compétent pour la reconnaissance et l'exécution des accords de médiation étrangers. Le paragraphe dit ce qui suit :

« Sans préjudice de ce qui est stipulé dans les traités et autres normes internationales, la compétence pour connaître des demandes de reconnaissance et d'exécution de sentences et d'autres résolutions judiciaires étrangères, ainsi que d'*accords de médiation étrangers*, revient aux Tribunaux de Première Instance du domicile ou du lieu de résidence de la partie face à laquelle l'on sollicite la reconnaissance ou l'exécution, ou du domicile ou du lieu de résidence de la personne à laquelle se réfèrent les effets de *celles-ci* ; subsidiairement, la compétence territoriale sera déterminée par le lieu d'exécution ou par le lieu où *ces sentences et résolutions* doivent produire leurs effets. »

Sauf si l'on considère que l'unique critère est le « domicile ou le lieu de résidence de la partie face à laquelle l'on sollicite la reconnaissance ou l'exécution » de l'accord de médiation étranger, les termes soulignés laissent supposer que les droits principaux et subsidiaires déterminants de la compétence territoriale sont



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

uniquement liées aux *décisions et autres résolutions judiciaires étrangères* ; dans ces circonstances et afin d'éviter des problèmes d'interprétation en matière de compétence territoriale, il semble nécessaire de corriger le texte concernant ce point.

C) *Compétences des Tribunaux du Commerce en matière d'arbitrage*

La dérogation dans l'Avant-projet LOPJ de l'article 86 ter.2g), en vertu duquel les Tribunaux du Commerce connaissent d'autant de sujets soient-ils de la compétence de l'ordre juridictionnel civil, concernant « les affaires attribuées aux Tribunaux de Première Instance dans l'article 8 de la Loi d'Arbitrage, lorsqu'ils feraient référence aux matières mentionnées dans cet alinéa », déterminera que les matières de l'article 8 LA qui ne se verraient pas concernées par la réattribution de compétences en faveur des Chambres Civile et Pénale des Tribunaux Supérieurs de Justice (assistance judiciaire dans l'administration des preuves, l'adoption judiciaire de mesures conservatoires et l'exécution forcée de la sentence) et c'est pourquoi, elles resteront localisées dans les Tribunaux de Première Instance, elles relèveront de la compétence de ces organes bien qu'il s'agisse de matières de nature commerciale, ce qui s'avère incongru avec la tendance à la spécialisation d'organes juridictionnels en raison de la matière.

D) *Médiation*

La compétence judiciaire en matière de médiation interne – la transfrontalière vient d'être analysée-, concerne uniquement l'homologation et l'exécution des accords de médiation.

1^{er}) *Compétence objective*



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

L'Avant-projet LOPJ ajoute cette compétence à celles des Tribunaux de Première Instance dans un nouvel alinéa 6 de l'article 85 :

« Des sollicitudes d'homologation et d'exécution d'accords de médiation, y compris les étrangers, lorsqu'ils réunissent les conditions de titre exécutoire. »

Néanmoins, lorsqu'il s'agit d'accords de médiation adoptés extraprocessuellement, mais dans le cadre d'une procédure judiciaire, la future rédaction de l'article 85.6 LOPJ pourra se heurter à ce que disposent les articles 30.2 (« *formalisation du titre exécutoire* ») et 31 (« *tribunal compétent pour l'exécution des accords de médiation* ») de l'Avant-projet LM. En vertu de l'article 30.2 :

« Lorsque l'accord aurait été obtenu au cours d'une médiation menée à bien *après avoir entamé une procédure judiciaire*, les parties pourront solliciter au tribunal son *homologation* moyennant une ordonnance. »

Pour sa part, le paragraphe 1^{er} article 31 dispose que

« L'*exécution* des accords résultant d'une *médiation entamée durant le cours d'une procédure* sera requise devant le tribunal qui a homologué l'accord. »

Ces deux prévisions signifient que si l'accord de médiation est adopté durant l'instruction des instances processuelles successives ou durant une procédure devant un Tribunal du Commerce, la compétence tant pour l'homologation de l'accord de médiation, que pour l'exécution, sera celle de l'organe judiciaire qui correspondra, en



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

appliquant la règle de compétence fonctionnelle et pas toujours et dans tous les cas, celle du Tribunal de Première Instance.

Ce problème ne se posera pas lorsque l'accord serait indépendant d'une procédure judiciaire, puisque l'article 31, paragraphe 2^{ème} de l'Avant-projet LM indique au Tribunal de Première Instance comme celui qui sera compétent dans tous les cas pour l'*exécution* de l'accord de médiation, sans que dans ces cas il y ait une démarche d'*homologation*, étant donné que l'accord de médiation dûment formalisé est un titre exécutoire (article 30.1 en rapport avec l'article 28 de l'Avant-projet de LM).

2^{ème}) Compétence territoriale

Lorsqu'il s'agit d'accords formalisés après une procédure de médiation – puisque si l'accord s'inscrit dans une procédure judiciaire, il faudra avoir recours à la compétence fonctionnelle, qui indiquera au même organe qui connaîtrait de la procédure -, l'organe compétent pour l'*exécution* sera le Tribunal de Première Instance du lieu où aura été signé l'accord de médiation, conformément à ce qui est prévu dans l'article 545.2 LPC (article 31, paragraphe 2^{ème} Avant-projet LM).

Le renvoi à l'article 545.2 LPC – également modifié par l'Avant-projet LM- ne semble pas nécessaire puisqu'il est réitératif (« Lorsque le titre serait une sentence arbitrale ou un *accord de médiation*, l'organe compétent pour refuser ou autoriser l'exécution et la communication correspondante, sera le Tribunal de Première Instance du *lieu* où aurait été dictée cette sentence ou *dans lequel aurait été signé l'accord de médiation* »), puisque le droit déterminant de la compétence territoriale est déjà exprimé avec suffisamment de clarté dans l'article 31 de l'Avant-projet LM (« lieu où aurait été signé l'accord de médiation »).



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

E) *Mesures conservatoires dans les procédures d'apurement collectif*

L'alinéa *un* de la disposition finale cinquième de l'Avant-projet modifie le numéro 4^{ème} de l'article 8 LF, dont la teneur est actuellement la suivante :

« Article 8. *Juge de la procédure d'apurement collectif.*

Sont compétents pour connaître de la procédure d'apurement collectif les juges du commerce. La juridiction du juge de la procédure d'apurement collectif est unique et exclusive dans les matières suivantes :

1^{ère} Les actions civiles avec une transcendance patrimoniale dirigées contre le patrimoine du failli à l'exception de celles exercées dans les procédures sur la capacité, la filiation, le mariage et les mineurs auxquels fait référence le titre I du livre IV de la Loi de Procédure Civile. Il connaîtra également de l'action à laquelle fait référence l'article 17.1 de cette Loi.

(...)

4^{ème} Toute mesure conservatoire concernant le patrimoine du failli, excepté celles adoptées dans les procédures civiles qui sont exclues de leur juridiction dans le paragraphe 1^{er}.

(...) »

Par conséquent, à partir de la déclaration de la procédure d'apurement collectif, n'importe quel tribunal doit s'abstenir d'adopter de nouvelles précautions qui affecteraient le patrimoine du failli, dans la mesure où celles-ci ont été attribuées exclusivement au juge de la procédure d'apurement collectif en raison de la suprématie accordée à la procédure d'apurement collectif. La même chose se produit avec les mesures conservatoires adoptées dans des procédures arbitrales intentées



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

antérieurement à la déclaration d'apurement collectif, indépendamment du fait que l'arbitrage soit conclu après que la sentence aurait été dictée.

Ce panorama est modifié avec la réforme. Afin de préserver dans les situations d'insolvabilité l'efficacité des mesures conservatoires adoptées par les arbitres – affirme le Mémoire-, l'on donne une nouvelle rédaction au numéro 4^{ème} cité de l'article 8 LF :

« 4^{ème} Toute mesure conservatoire affectant le patrimoine du failli, excepté celles adoptées lors des procédures qui sont exclues de sa juridiction dans le paragraphe 1^{er} de ce précepte et, le cas échéant, conformément à ce qui est stipulé à l'article 52, celles adoptées par les arbitres dans les procédures arbitrales, sans préjudice de la compétence du juge pour refuser leur adoption lorsqu'il considère qu'elles pourraient supposer un préjudice pour l'instruction de la procédure d'apurement collectif. »

L'incise soulignée se limite aux mesures conservatoires adoptées par les arbitres dans les procédures arbitrales pour les exclure de la compétence du juge de la procédure d'apurement collectif. La mention à l'article 52 LF s'explique par le fait que l'Avant-projet change radicalement le régime d'efficacité des conventions arbitrales après la déclaration de la procédure d'apurement collectif, qui, s'il reste sans valeur, ni effet durant l'instruction de la procédure d'apurement collectif –sans préjudice de ce qui est stipulé dans les traités internationaux -, après la réforme, ne se verront pas affectés par la déclaration de la procédure d'apurement collectif (cette question a été analysée plus amplement dans le chapitre à part des *remarques générales*).



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

Par conséquent, le traitement de la compétence fonctionnelle au niveau des mesures conservatoires diffèrera selon si l'on se trouve face à des mesures adoptées lors de procédures judiciaires, dont le régime d'attribution en faveur du juge de la procédure d'apurement collectif – sauf exceptions – se maintient tel quel, ou face à des mesures adoptées dans le cadre de procédures arbitrales, dans lequel cas la compétence n'est pas transférée au juge de la procédure d'apurement collectif, mais elle reste entre les mains des arbitres.

Or, la réforme ajoute aussi que les mesures conservatoires adoptées lors de l'arbitrage pourront être refusées par le juge de la procédure d'apurement collectif lorsqu'il considèrera qu'elles pourraient supposer un préjudice pour le procès qu'il serait en train d'instruire. Cette prévision suppose une sauvegarde des fins de la procédure d'apurement collectif, qui sera efficace dans les cas où le soutien judiciaires serait sollicité pour l'adoption de la mesure conservatoire (article 8.3 LA.), puisqu'étant donné que les arbitres manquent de pouvoir exécutif, nuance l'EM II LA, il est nécessaire d'avoir recours à l'autorité judiciaire pour l'exécution de mesures conservatoires.

Mais l'efficacité de cette sauvegarde est discutable pour deux raisons : (1) parce que le Juge du Commerce, c'est-à-dire, le juge de la procédure d'apurement collectif, n'aura pas encore d'attributions en matière d'arbitrage pour la dérogation de l'article 86 ter.2.g) LOPJ prévue dans l'Avant-projet LOPJ ; et (2) lorsque la mesure aurait été adoptée par l'arbitre de sa propre autorité, tel que l'autorise l'article 23 LA, si l'activité conservatoire comporte uniquement l'activité déclarative, les arbitres restent pleinement habilités à adopter la mesure et, par conséquent, il n'est pas possible de parler de « refus » de la mesure de la part du juge de la procédure d'apurement collectif.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

La réforme a donc un sens restrictif de la compétence fonctionnelle du Juge du Commerce en matière de mesures conservatoires qui concerneraient le patrimoine du failli.

1.1.2. Arbitrage institutionnel

A) Entités publiques qui peuvent exercer des fonctions arbitrales

L'article 3, alinéa un, de l'Avant-projet modifie la lettre a) de l'article 14.1 LA, pour substituer les corporations de droit public et le Tribunal de Défense de la Compétence, par une référence avec un contenu plus vaste qui comprend les « [e]ntités publiques qui peuvent exercer des fonctions arbitrales, selon leurs normes de réglementation ». À cet endroit de l'exposé systématique de l'analyse du texte de décret-législatif, nous renvoyons à ce qui a été exposé *in extenso* à l'alinéa de *remarques générales*.

B) Fonctions des institutions arbitrales relatives au statut des arbitres

L'alinéa deux de l'article 3 de l'Avant-projet ajoute un alinéa 3 à l'article 14 LA, pour imposer aux institutions arbitrales (*entités publiques et associations, ainsi qu'entités sans but lucratif*) deux nouveaux devoirs : en premier lieu, veiller à l'exécution des conditions de capacité des arbitres ; et en second lieu, garantir « la transparence (l'on entend « de leur agissement » ou expression similaire) et l'indépendance de ces derniers (les arbitres) à partir de leur désignation ».

Concernant le premier des deux devoirs, en principe, un contrôle *ex ante* sur l'idonéité légale des arbitres ne devrait pas poser de problèmes (capacité et



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

inexistence de causes interdiction ou d'incompatibilité).

Quant au devoir de « garantie » constante, l'arbitrage peut s'avérer plus difficile à être mené à bien, étant donné que l'augmentation des niveaux de responsabilité des institutions arbitrales est positive, ce qui obligera à introduire dans les règlements de ces institutions, des mécanismes pour détecter, dans le cadre de la procédure arbitrale [« à partir de leur (des arbitres) désignation », dit l'Avant-projet] le manque de transparence et d'indépendance des arbitres. Ces instruments comprendraient, au moins, des voies pour obtenir l'accès aux procédures arbitrales, dans les hypothèses de manque de transparence et pour intervenir dans la procédure de récusation des arbitres afin de garantir leur indépendance, puisque dans la réglementation actuelle, les institutions arbitrales n'interviennent pas dans la procédure de récusation d'arbitres, ceux-ci étant les décideurs de la question – sauf si la contrepartie accepte la récusation -, la partie dont la prétention de récusation serait refusée pouvant faire valoir la récusation en contestant la sentence (article 18 LA).

Enfin, cette prévision a une relation directe avec la responsabilité de l'institution arbitrale pour les dommages et intérêts que causeraient les arbitres par mauvaise foi, témérité ou dol, à laquelle fait référence l'article 21.1 LA et de laquelle découle le nouveau paragraphe 2^{ème} que l'Avant-projet ajoute à cet alinéa, c'est pourquoi l'on exigera aux institutions arbitrales la souscription au nom des arbitres d'une assurance de responsabilité civile ou d'une garantie équivalente.

1.1.3. Arbitrage administratif

A) Commission Déléguée pour la Résolution de Controverses Administratives



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

a) Création et composition.

La nouvelle disposition additionnelle deuxième qui ajoute à la LA l'article 11 de l'Avant-projet crée la Commission Déléguée pour la Résolution de Controverses Administratives, pour la résolution des controverses administratives qui, dans les termes de l'EM III, doivent être résolues par le Gouvernement moyennant l'arbitrage. Il convient d'analyser ici l'aspect organique de cette modalité d'arbitrage.

La composition de la Commission apparaît dans l'alinéa 3 (le premier des deux alinéas ayant ce numéro, puisque par erreur, il y a un second alinéa également numéroté 3) et elle sera composée par le titulaire du Ministère de la Présidence, qui la présidera et le titulaire du Ministère de l'Économie et des Finances en tant que membre de droit. Le secrétariat de la Commission est attribué au Ministère de la Justice « en attention à ses fonctions et à l'affectation des Services Juridiques de l'État ».

Le reste des membres sera déterminé par voie réglementaire, ce qui peut s'avérer être un renvoi relativement vaste, puisque la Loi devrait déterminer, au moins, le nombre de membres de la Commission et les critères généraux pour leur désignation (organe de provenance, poste, etc.).

La disposition additionnelle s'avère insuffisante dans la configuration administrative de cette Commission, puisqu'elle ne précise pas sa nature (p. ex., s'il s'agit d'un organe de l'Administration Générale de l'État, d'un Organisme autonome ou d'une entité publique spéciale), l'affiliation organique, si elle a ou non une personnalité juridique propre, le statut de ses membres, le régime juridique applicable, etc. L'article 11.2.a) LRJ-PAC stipule que la création de n'importe quel organe administratif exige la



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

détermination de sa forme d'intégration à l'Administration Publique dont il s'agit et sa dépendance hiérarchique.

Vu la définition de cet institut comme arbitral et sans préjudice de son affiliation organique, l'on devra garantir l'indépendance et la neutralité de ses membres, en considérant la possibilité d'introduire des critères participatifs dans la composition de la Commission par les entités concernées.

b) Compétence

Les matières attribuées et exclues de la connaissance de la Commission se reflètent dans les alinéas 1, 2 et 5 de la nouvelle disposition additionnelle seconde LA, auxquelles l'on fera référence dans l'alinéa correspondant de ce rapport relatif au cadre objectif de cet arbitrage.

B Parties de l'arbitrage administratif

Les sujets pouvant acquérir la condition de partie dans cette procédure arbitrale sont déterminés dans l'alinéa 1 de la nouvelle disposition additionnelle seconde de la LA. L'on déduit la liste suivante de la rédaction littérale du précepte :

- 1^{ère}) L'Administration Générale de l'État
- 2^{ème}) N'importe lequel des Organismes publics réglementés par le Titre III de la LOFAGE.
- 3^{ème}) Les Organismes publics réglementés (*rectius* « nominés ») dans la disposition additionnelle neuvième de la LOFAGE.
- 4^{ème}) Les Entités Gestionnaires et les Services Communs de la Sécurité



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

Sociale.

5^{ème}) D'autres Entités de Droit public réglementés par leur législation spécifique qui sont réglementairement déterminées.

6^{ème}) Les sociétés commerciales étatiques.

7^{ème}) Les fondations du secteur public étatique.

Cette classification reproduit presque exactement la liste que contient l'article 2.1 de sujets faisant partie du « secteur public étatique » à l'effet de cette Loi :

« a) L'Administration Générale de l'État

b) Les Organismes autonomes dépendant de l'Administration Générale de l'État.

c) Les entités publiques entrepreneuriales, dépendant de l'Administration Générale de l'État ou de tout autre organisme public lié ou dépendant de celle-ci.

d) Les entités gestionnaires, les services communs et les mutuelles d'accidents du travail et de maladies professionnelles de la Sécurité Sociale dans sa fonction publique de collaboration dans la gestion de la Sécurité Sociale, ainsi que ses centres et ses entités associées.

e) Les sociétés commerciales étatiques, définies dans la Loi du Patrimoine des Administrations Publiques.

f) Les fondations du secteur public étatique, définies dans la Loi des Fondations.

g) Les entités étatiques de droit public différentes de celles mentionnées dans les paragraphes b) et c) de cet alinéa.

h) Les consortium dotés de personnalité juridique propre auxquels font référence les articles 6, alinéa 5, de la Loi 30/1992, du 26 novembre, du Régime Juridique des Administrations Publiques et de Procédure Administrative Commune et 87 de la Loi 7/1985, du 2 avril, Réglementant les Bases du Régime Local, lorsqu'un ou



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

plusieurs des sujets énumérés dans cet article aurait apporté majoritairement à ces derniers de l'argent, des biens ou de l'industrie ou se serait engagé, au moment de sa constitution, à financer majoritairement cette entité et tant que leurs actes sont sujets directement ou indirectement au pouvoir de décision d'un organe de l'État ». Comme l'on peut le voir, ces *consortium* sont les seuls à ne pas avoir de correspondance dans la liste incluse dans la disposition additionnelle seconde la LA.

Il convient maintenant d'ébaucher, avec une extension limitée, les caractéristiques de chacune de ces entités.

a) Administration Générale de l'État

L'organisation centrale de l'Administration Générale de l'État se compose d'organes supérieurs (Ministres et Secrétaire d'État) et d'organes directifs (Sous-secrétaires et Secrétaire généraux, Secrétaire généraux techniques, Directeurs généraux et Sous-directeurs généraux). Au sein de l'organisation territoriale, sont organes directifs les Délégués du Gouvernement dans les Communautés Autonomes et les Sous-délégués du Gouvernement dans les provinces. Quant à l'Administration Générale de l'État à l'extérieur, sont organes directifs les ambassadeurs et les représentants permanents devant les Organisations internationales (article 6 LOFAGE).

b) Organismes publics réglementés par le Titre III de la LOFAGE

Les Organismes publics sont les Entités de Droit public qui développent des activités découlant de la propre Administration Générale de l'État, en qualité d'organisations instrumentales différenciées et dépendantes de celle-ci (article 1 II



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

LOFAGE). Ils sont affectés, directement ou à travers un autre Organisme public, au Ministère compétent en raison de la matière, à travers l'organe qui sera déterminé dans chaque cas (article 2.3 LOFAGE). Ils ont une personnalité juridique publique différenciée, un patrimoine et une trésorerie propres, ainsi qu'une autonomie de gestion, dans les termes de la LOFAGE (article 42 LOFAGE).

Les Organismes publics se classifient en :

- a) Organismes autonomes.
- b) Entités publiques entrepreneuriales.
- c) Agences Étatiques régies par leur norme spécifique et, à titre supplétif, par cette Loi (article 43.1 LOFAGE).

1^{er}) Les Organismes autonomes sont régis par le Droit administratif et l'on leur confie, en régime de décentralisation fonctionnelle et en exécution de programmes spécifiques de l'activité d'un Ministère, la réalisation d'activités d'incitation, prestationnelles ou de gestion de services publics (article 45.1 LOFAGE). Ils dépendent d'un Ministère, auquel revient la direction stratégique, l'évaluation et le contrôle des résultats de leur activité, à travers l'organe auquel serait affilié l'Organisme (article 43.2 LOFAGE). Dans leur organisation et leur fonctionnement, ils doivent s'en tenir aux critères stipulés pour l'Administration Générale de l'État dans le Titre I de cette Loi (article 44.2.a) LOFAGE).

2^{ème}) Les entités publiques entrepreneuriales sont des Organismes publics auxquels l'on confie la réalisation d'activités prestationnelles, la gestion de services ou la production de biens d'intérêt public susceptibles de contre-prestation (article 53.1 LOFAGE). Elles dépendent d'un Ministère ou d'un Organisme autonome ; la direction stratégique, l'évaluation et le contrôle des résultats de leur activité revenant à l'organe



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

d'affiliation du Ministère ou de l'organisme. Exceptionnellement, il pourrait exister des entités publiques entrepreneuriales dont les statuts leur attribueraient la fonction de diriger ou de coordonner d'autres entités de la même nature ou différentes (article 43.3 LOFAGE).

Dans leur organisation et leur fonctionnement, ces entités sont régies par les critères instaurés dans le Titre I de la LOFAGE, sans préjudice des particularités en considération de la nature de leurs activités [article 44.2.b) LOFAGE]. Elles sont régies par le Droit privé, sauf dans la formation de la volonté de leurs organes, dans l'exercice des pouvoirs administratifs qu'elles se verraient attribuer et dans les aspects spécifiquement réglementés par ces derniers dans cette Loi, dans leurs statuts et dans la législation budgétaire (article 53.2 LOFAGE).

En résumé, la création de ces deux premiers Organismes publics s'effectue d'après la loi, qui instaure le type d'Organisme public qu'elle crée, avec une indication de ses fins générales, ainsi que du Ministère ou de l'Organisme d'affiliation (article 61.1 LOFAGE).

Concernant la personnalité des Organismes autonomes et des entités publiques entrepreneuriales, la doctrine a relativisé le fait qu'il s'agisse d'une personnalité authentique, en affirmant qu'il s'agirait plutôt d'un artifice technico-juridique à effets purement formels ou organisatifs, ainsi que d'une décision *ad extra*. Néanmoins, ce sont des personnes juridiques bien que leur capacité pour agir soit, dans beaucoup de cas, restreinte par les propres normes ou l'autonomie de leur volonté médiatisée par l'Administration mère.

Dépendantes fonctionnellement, depuis cette perspective matérielle, la



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

dépendance de ces entités est tellement intense que l'on peut parler de relation quasi-hiérarchique, particulièrement basée sur le pouvoir de direction de l'Administration mère, outre son pouvoir de contrôle. Sauf si les entités se voyaient conférer un cadre d'indépendance qui les habiliterait à le défendre y compris devant l'Administration supérieure, il ne convient pas de reconnaître l'existence d'un droit ou d'un intérêt juridique dans l'Organisme public qui pourrait être opposé à celui de l'Administration de tutelle. Bien que la personnalité de ces Organismes offre une consistance suffisante dans ses relations *ad extra*, il est également certain que le rapport de délégation se rapproche plus d'un type de relation inter-organique que intersubjective.

La nomination et la révocation des organes directifs des Organismes autonomes est directionnelle, ce qui met l'accent sur la relation de dépendance qui est inhérente à ces Organismes Publics. Concernant le personnel directif des entités publiques entrepreneuriales, il sera déterminé dans les statuts de l'entité [article 55.2.a) LOFAGE]. Ce personnel directif nommé par libre désignation, est régi par le contrat de travail qui est souscrit.

L'on apprécie une intense tutelle de l'Administration Générale de l'État, en particulier de la part du Ministère de l'Économie et des Finances, concernant les opérations juridiques fondamentales concernant les patrimoines séparés de ces entités.

3^{ème}) Les Agences Étatiques.

Celles-ci sont des entités de Droit public dotées de personnalité juridique publique, de patrimoine propre et d'autonomie dans leur gestion, habilitées à exercer des pouvoirs administratifs, qui sont créées par le Gouvernement pour l'exécution des



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

programmes correspondant aux politiques publiques développées par l'Administration Générale de l'État dans le cadre de ses compétences. Elles sont dotées des mécanismes d'autonomie fonctionnelle, de responsabilité par la gestion et le contrôle de résultats instaurés par la *Loi 28/2006, du 18 juillet 2006. Loi d'Agences Étatiques pour l'amélioration des services publics (LAE)*. Elles sont affiliées aux Ministères qui seraient à l'initiative de leur création, dans les termes déterminés dans les Décrets Royaux de création (article 7.2 LAE). Les fonctions de direction stratégique, d'évaluation et de contrôle des résultats et de l'activité des Agences Étatiques s'articulent à travers le Contrat de gestion prévu dans la norme de régulation de celles-ci (article 43.4 LOFAGE) ; ce contrat de gestion est approuvé par le conseil recteur de l'Agence et constitue l'instrument qui fixe la formule exécutoire de l'agence et ses Plans stratégiques, ainsi que les niveaux de qualité des services et les moyens nécessaires. Elles sont régies par leur norme spécifique et, en outre, par la LOFAGE [article 43.1.c) LOFAGE].

c) Organismes publics nommés dans la disposition additionnelle neuvième de la LOFAGE

Ladite disposition additionnelle fait référence à l'Agence Étatique d'Administration Tributaire – en principe incluse parmi les Organismes publics [vid. article 43.1.c) LOFAGE]-, au Conseil Économique et Sociale et à l'Institut « Cervantès », quant à leur régime juridique : celui qui se trouve dans sa législation spécifique, dans les dispositions de la LGB qui leur seraient applicables et, à titre supplétif, dans la LOFAGE.

La *Loi 21/1991, du 17 juin, par laquelle est créé le Conseil Économique et Social*, dans son article 1 le définit comme organe consultatif du Gouvernement en



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

matière socio-économique et du travail et le définit comme une Entité de Droit Public de ceux prévus à l'article 6.5 du *Décret Royal Législatif 1091/1988, du 23 septembre, Texte Codifié de la Loi Générale Budgétaire* (dérogée), avec une personnalité juridique propre et une pleine capacité, une autonomie organique et fonctionnelle pour l'exécution de ses fins, étant affilié au Ministère du Travail et de la Sécurité Sociale.

Quant à la troisième des entités, la *Loi 7/1991, du 21 mars, par laquelle est créé l'Institut « Cervantès »*, dans son article 1 le qualifie comme entité de Droit public de celles prévues à l'article 6, 5) de la LGB, sans but lucratif, avec une personnalité juridique propre et une capacité d'agir pour l'exécution de ses fins, qui ajustera ses activités à l'ordonnancement juridique privé. L'Institut est affilié au Ministère des Affaires Étrangères, étant régi par sa Loi de création et les dispositions qui la développent, par la et par d'autres dispositions de l'ordonnancement juridique qui lui seraient applicables.

d) Entités Gestionnaires et Services Communs de la Sécurité Sociale.

Le *Décret Royal législatif 1/1994, du 20 juin, par lequel est approuvé le texte codifié de la Loi Générale de la Sécurité Sociale* (LGSS) énumère dans l'article 37.1 les Entités Gestionnaires de la Sécurité Sociale : L'Institut National de la Sécurité Sociale, l'Institut National de la Santé (aujourd'hui Institut National de Gestion Sanitaire) et l'Institut National de Services Sociaux (aujourd'hui Institut des Personnes âgées et des Services Sociaux). Ces Entités ont la nature d'entités de droit public et une capacité juridique pour l'exécution des fins qui leur sont confiées (article 59.1 LGSS). La gestion et l'administration de la Sécurité Sociale s'effectue par ces Entités sous la direction et la tutelle des Départements ministériels respectifs, avec assujettissement à des principes de simplification, de rationalisation, d'économie des



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

coûts, de solidarité financière et d'unité de caisse, d'efficacité sociale et de décentralisation (article 37.1 LGSS). Au sein des compétences de l'État, en relation avec les matières réglementées dans la LGSS, la faculté de direction et de tutelle des entités gestionnaires et de services communs de la Sécurité Sociale, ainsi que des entités qui collaborent dans la gestion de cette dernière [article 5.2.c) LGSS] revient au Ministère du Travail et de la Sécurité Sociale.

Quant aux Services Communs, l'article 63.1 LGSS se réfère à la Trésorerie Générale de la Sécurité Sociale comme un Service commun avec une personnalité juridique propre.

La disposition additionnelle sixième de la LOFAGE instaure que l'on appliquera aux Entités gestionnaires et à la Trésorerie Générale de la Sécurité Sociale, les prévisions de cette Loi relatives aux Organismes autonomes, excepté ce qui est disposé en matière de régime de personnel, économique-financier, patrimonial, budgétaire et comptable, ainsi que ce qui est relatif à la contestation et la révision de leurs actes et de leurs résolutions et à l'assistance juridique, qui sera celui instauré par leur législation spécifique, par la LGB dans les matières étant d'application et à titre supplétif, par la LOFAGE.

e) Autres Entités de Droit public réglementées par leur législation spécifique réglementairement déterminée.

De cette référence aux « Entités de Droit public » par la disposition additionnelle seconde LA projetée, l'on peut relever les caractéristiques suivantes :

1^{ère}) Caractère résiduel, il ne doit s'agir d'aucune des entités publiques antérieures, ni de sociétés commerciales étatiques ou de fondations du secteur public



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

auxquelles la disposition additionnelle consacre un paragraphe à part.

2^{ème}) Prévision du futur : il faudra s'en tenir à la détermination réglementaire des entités concernées.

3^{ème}) Conditionnée : l'on ne pourra pas contourner ce que disposent, en relation avec le régime de résolution de controverses, les lois régulatrices respectives de ces entités (p. ex., l'accès à la voie judiciaire pour la résolution des conflits inter-administratifs).

Vu l'ampleur avec laquelle est formulé le renvoi au concept d'« Entités de Droit Public », il faut chercher sa concrétisation dans une législation dispersée.

En premier lieu, l'on trouve lesdites « Administrations Indépendantes », qui ne constituent pas un groupe homogène, mais leur régime diffère plutôt en fonction de leur assujettissement plus ou moins important au régime général administratif. Il s'agit d'Administrations Publiques, bien qu'elles ne dépendent pas de l'Administration mère, mais elles sont néanmoins liées à un Département ministériel spécifique. L'indépendance de ces organismes est justifiée, dans certains cas, par le fait que ce sont des entités garantes de droits fondamentaux (CSN, APD) ou par le fait qu'elles doivent accomplir des missions de réglementation de marchés depuis une position nécessairement neutre (BE, CNMV, CMT, CNE); et elle s'acquitte, en termes généraux, par des garanties de neutralité gouvernementale dans la nomination, la permanence des membres de ces Organismes et par d'autres garanties fonctionnelles ou de non-ingérence dans l'accomplissement de leurs tâches, le pouvoir de direction – fonction de *indirizzo*- qui est typique dans le cadre des Organismes Publics ordinaires, étant infondée.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

L'indépendance plus ou moins importante d'un organisme par rapport au gouvernement ne doit pas avoir de relation avec l'application d'un régime de droit public ou privé, puisque rien ne laisse penser que l'application de celui-ci lui donne une plus grande indépendance ou neutralité ; l'argument de la nécessité d'indépendance fonctionnelle est habituellement utilisé comme justificatif de la *fuite* du Droit public.

Avec les préventions qui ont été faites, l'on peut les classer de la manière suivante :

A) Entités à Statut spécial ou « indépendant » qui, néanmoins, ont un caractère d'Organismes Publics, auxquels fait référence la disposition additionnelle dixième de la LOFAGE (dans son alinéa 2, elle évoque l'« indépendance fonctionnelle ou une autonomie spéciale »). Il existe une certaine contradiction dans ce point de la LOFAGE, puisque, comme l'on a pu le voir, dans son article 1, elle comprend uniquement dans la définition d'Organisme Public, les entités « dépendantes », alors qu'elle ne contient pas celles énumérées dans cette disposition additionnelle.

Sans préjudice des Entités que les Lois peuvent créer ou classer ultérieurement dans ce groupe, la disposition additionnelle citée, énumère les suivantes :

- La Commission Nationale du Marché de Valeurs (CNMV). L'article 4 de la *Loi 24/1988, du 28 juillet, du Marché de Valeurs*, la définit comme entité de droit public, avec une personnalité juridique propre et une pleine capacité publique et privée, qui est régie par ce qui est instauré dans cette Loi et dans les dispositions qui la



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

complètent ou la développent. Dans l'exercice de ses fonctions publiques et à défaut de ce qui est disposé par cette Loi et par les normes qui la complètent ou la développent, elle agit conformément à ce qui est instauré dans la LRJ-PAC et dans la LOFAGE. Le Gouvernement et le Ministère de l'Économie exercent par rapport à la Commission Nationale du Marché de Valeurs, les facultés que lui attribue cette Loi, avec un respect strict envers son cadre d'autonomie.

- Le Conseil de Sécurité Nucléaire (CSN). La *Loi 15/1980, du 22 avril, de création du Conseil de Sécurité Nucléaire*, dans son article 1, la qualifie d'entité de Droit Public, indépendante de l'Administration Générale de l'État, avec une personnalité juridique et un patrimoine propre et indépendant par rapport à ceux de l'État. Il est régi par un Statut propre élaboré par le propre Conseil et approuvé par le Gouvernement et par autant de dispositions spécifiques qui lui sont destinées, sans préjudice de l'application supplétoire des préceptes de la législation commune ou spéciale.

- L'Agence de Protection des Données (APD). Selon l'article 35 de la *Loi Organique 15/1999, du 13 décembre, de Protection de Données à Caractère Personnel*, est une entité de droit public avec une personnalité juridique propre et une pleine capacité publique et privée, qui agit avec une pleine indépendance par rapport aux Administrations Publiques dans l'exercice de leurs fonctions. Elle est régie par ce qui est disposé par cette Loi et par un Statut propre approuvé par le Gouvernement. Dans l'exercice de leurs fonctions publiques et à défaut de ce qui est disposé par la présente Loi et ses dispositions de développement, l'APD agit conformément à la LRJ-PAC. Dans ses acquisitions patrimoniales et la passation de marché, elle est sujette au droit privé.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

- La Commission Nationale de l'Énergie (CNE). La *Loi 34/1998, du 7 octobre, du secteur des hydrocarbures*, dans sa disposition additionnelle onzième la définit comme un organisme public avec une personnalité juridique et un patrimoine propre, ainsi qu'une pleine capacité pour agir. Elle assujettit son activité à ce qui est disposé dans la LRJ-PAC lorsqu'elle exerce des pouvoirs administratifs, à la législation de contrats des Administrations publiques, sa passation de marché de biens et de services, en se soumettant pour le reste de ses activités au droit privé. Elle a été affiliée au Ministère de l'Industrie et de l'Énergie pour le contrôle d'efficacité par rapport à son activité et elle est régie par ce qui est disposé par sa Loi régulatrice et par les normes de développement qui sont dictées, par les dispositions de la LGB qui lui sont applicables et par la LOFAGE.

- La Commission du Marché des Télécommunications (CMT). La *Loi 32/2003, du 3 novembre, Générale des Télécommunications* déclare dans l'article 48 qu'il s'agit d'un organisme public de ceux prévus par l'alinéa 1 de la disposition additionnelle dixième de LOFAGE, doté de personnalité juridique et d'une pleine capacité publique et privée, avec une affiliation au Ministère des Sciences et de la Technologie. Elle est régie par ce qui est disposé par cette Loi et par les dispositions qui la développent, ainsi que par la LRJ-PAC dans l'exercice des fonctions publiques que cette Loi lui attribue et, à titre supplétif par la LOFAGE.

- La Commission Nationale de la Compétence (CNC). Dans l'article 19 de la *Loi 15/2007, du 3 juillet, de Défense de la Compétence*, l'on mentionne cette Commission comme entité de Droit public avec une personnalité juridique propre et une pleine capacité publique et privée, affiliée au Ministère de l'Économie et des Finances, qui exerce le contrôle d'efficacité sur son activité. La CNC agit dans le développement de son activité et pour l'exécution de ses fins avec une autonomie organique et



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

fonctionnelle, une pleine indépendance des Administrations Publiques et une soumission à cette Loi et au reste de l'ordonnancement juridique. À défaut de ce qui est disposé par cette Loi régulatrice et par les normes qui la développent, la CNC agit dans l'exercice de ses fonctions publiques conformément à ce qui est instauré par la LRJ-PAC, dans la LOFAGE, d'après ce qui est prévu dans sa disposition additionnelle dixième et dans son propre Statut.

- La Commission Nationale du Secteur Postal (CNSP). La *Loi 23/2007, du 8 octobre, de création de la Commission Nationale du Secteur Postal*, la définit comme organisme public, avec une personnalité juridique propre et une pleine capacité pour agir, de ceux prévus par la disposition additionnelle dixième de la LOFAGE et comme organisme fonctionnellement indépendant de l'Administration Générale de l'État, bien qu'affilié au Ministère de l'Équipement.

La disposition additionnelle dixième de la LOFAGE évoque également les Universités non transférées [Université Nationale d'Éducation à Distance et Université Internationale Menéndez Pelayo (cfr. les dispositions additionnelles respectives deuxième et troisième de la *Loi Organique 6/2001, du 21 décembre, sur les Universités*)], l'Institut Espagnol du Commerce Extérieur (ICEX) [le *Décret Royal-Loi 6/1982, du 2 avril, sur les investissements publics à caractère extraordinaire et les mesures de développement de l'exportation* a créé l'institut National de Développement de l'Exportation, dont la dénomination a été modifiée moyennant le *Décret Royal 1417/1987, du 13 novembre, par lequel l'Institut National de Développement de l'Exportation (INFE) est désormais dénommé Institut Espagnol du Commerce Extérieur (ICEX)*] et le Consortium de la Zone Spéciale Canarienne (cfr. les articles 32 et 33 de la *Loi 19/1994, du 6 juillet, de modification du Régime Économique et Fiscal des Canaries*).



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

B) Il y a une autre catégorie d'entités difficiles à qualifier, par rapport à celles que la disposition additionnelle huitième de la LOFAGE se limite à proclamer qu'elles seront régies par leur législation spécifique ; il s'agit de la Banque d'Espagne et des Fonds de Garantie de Dépôts dans les Établissements Bancaires, dans les Caisses d'Épargne et dans les Coopératives de Crédits (cfr. l'article 1 du *Décret Royal 2606/1996, du 20 décembre, sur les fonds de garantie de dépôts des entités de crédit*).

En ce qui concerne la Banque d'Espagne, l'article 1 de la *Loi 13/1994, du 1^{er} juin, d'Autonomie de la Banque d'Espagne*, qualifie sa nature d'entité de Droit public avec une personnalité juridique propre et une pleine capacité publique et privée, qui dans le développement de son activité et pour l'exécution de ses fins, agit avec autonomie par rapport à l'Administration Générale de l'État, en exerçant ses fonctions conformément à ce qui est prévu par cette Loi et par le reste de l'ordonnancement juridique. Elle est soumise à l'ordonnancement juridico-privé, sauf si elle agit dans l'exercice des pouvoirs administratifs confiés par cette loi ou d'autres lois, dans lequel cas, l'on devra alors appliquer la LRJ-PAC, sans qu'elle soit soumise aux prévisions de la LOFAGE. Par ailleurs, la Banque d'Espagne fait partie intégrante du Système Européen des Banques Centrales (SEBC) et est soumise aux dispositions du Traité de la Communauté Européenne et aux Statuts du SEBC ; dans l'exercice des fonctions découlant de sa condition de partie intégrante du SEBC, la Banque d'Espagne s'ajuste aux orientations et aux instructions émanant de la Banque Centrale Européenne en vertu de ces dispositions.

En résumé, la nature de ces entités et leur statut d'indépendance rendent difficile son ajustement à l'arbitrage administratif que propose l'Avant-projet, bien qu'il



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

faudra s'en tenir au développement réglementaire qui concrétise les Entités de Droit public réglementées par leur législation spécifique qui seront soumises à cet arbitrage.

f) Sociétés commerciales étatiques

Le régime juridique général de ces sociétés se trouve dans la *Loi 33/2003, du 3 novembre, du Patrimoine des Administrations Publiques (LPAP)* ; ce ne sont pas des entités publiques bien qu'elles puissent exécuter des fins de cette nature. Elles n'ont pas la considération d'Administration Publique et elles ne peuvent pas exercer de pouvoirs administratifs, mais leur régime juridique est plutôt privé. Elles sont intégralement régies, quelle que soit leur forme juridique, par l'ordonnement juridique privé, sauf pour les matières qui doivent se voir appliquer les normes budgétaires, comptables, patrimoniales, de contrôle financier et de passation des marchés, sans qu'en aucun cas, elles ne puissent disposer de facultés qui impliqueraient l'exercice d'autorité publique (alinéa 1 de la disposition additionnelle douzième de la LOFAGE).

À l'effet de la LGB, elles font partie du secteur public étatique [article 2.1.e) LGB] et, au sein de celui-ci, du secteur public entrepreneurial [article 3.2.b) LGB]. Elles opèrent sur le marché, dans des conditions égales aux autres entreprises commerciales privées. La différence essentielle avec les entités publiques entrepreneuriales est que celles-ci sont des personnes publiques qui, sans préjudice de leur agissement sur le marché public, soumis au droit privé, possèdent la considération d'Administration publique et doivent assujettir leur activité à la LRJ-PAC lorsqu'elles exercent des pouvoirs administratifs.

Un exemple de cette technique se trouve dans la *Loi 5/1996, du 10 janvier, de*



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

création de certaines entités de droit public, qui crée la Société Étatique de Participations Industrielles (SEPI), outre l'Agence Industrielle de l'État et supprime l'Institut National de l'Industrie National des Hydrocarbures. La SEPI est régie, dans tous ses agissements par l'ordonnancement juridique privé, civil, commercial et du travail, sans préjudice des matières pour lesquelles le texte codifié de la LGB lui serait applicable ; en matière de passation de marchés, son activité contractuelle est également régie par le droit privé, sans que la Loi des Contrats du Secteur Public (article 12) ne lui soit applicable.

La LPAP fait une distinction entre les sociétés dont le capital appartient dans sa totalité à l'Administration Générale de l'État ou à ses Organismes Publics et celles pour lesquelles la participation des entités faisant partie du secteur public étatique est majoritaire (supérieure à 50 pour cent) (article 161.1 LPAP). La différence quant au régime juridique est que celles ayant la forme de société anonyme dont le capital serait dans sa totalité de titularité de l'Administration Général de l'État ou de ses organismes publics, seront régies par la LPAP et par l'ordonnancement juridique privé, sauf pour les matières auxquelles serait applicable la norme budgétaire, comptable, de contrôle financier et de passation de marché (alinéa 2 de la disposition additionnelle douzième de LOFAGE et article 166 LPAP) ; les sociétés restantes ajusteront la gestion de leur patrimoine au droit privé, sans préjudice des dispositions de la LPAP qui leur seraient expressément applicables (article 167 LPAP).

Il existe un Ministère de tutelle qui est celui des Finances (article 173.1 LPAP), sauf lorsqu'il s'agirait d'une société anonyme dont le capital serait dans sa totalité de titularité, directe ou indirecte, de l'Administration Générale de l'État ou de ses organismes publics, dans lequel cas le Conseil des Ministres attribue la tutelle à un autre Ministère dont les compétences auraient une relation avec l'objet social de la



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

société (article 176.1 LPAP). Les facultés de tutelle consistent principalement en la capacité de dicter des instructions aux organes directifs de la société (articles 178.1 et 177.1 LPAP). La nomination des administrateurs se fait par le Ministère de tutelle, auquel concède la faculté de proposition du Président du Conseil d'Administration (articles 180 et 181 LPAP). Les administrateurs auxquels le Ministère de tutelle aurait donné des instructions sont exonérés de la responsabilité prévue par la législation des sociétés anonymes (article 179 LPAP).

Le contrôle ou le pouvoir d'une société peut obtenir les moyens auxquels fait référence l'article 42.1 Cco. : « (...) l'on présumera qu'il existe un contrôle lorsqu'une société, qui sera qualifiée comme dominante, serait en relation avec une autre société, qui sera qualifiée de dépendante, dans l'une des situations suivantes :

- a) Posséderait la majorité des droits de vote.
- b) Aurait la faculté de désigner ou de destituer la majorité des membres de l'organe d'administration.
- c) Pourrait disposer, en vertu d'accords tenus avec des tiers, de la majorité des droits de vote.
- d) Aurait désigné par ses votes la majorité des membres de l'organe d'administration (...). »

Dans des cas exceptionnels, dûment justifiés, le Ministère auquel reviendrait sa tutelle pourra donner des instructions aux sociétés dont le capital serait dans sa totalité de titularité de l'Administration Générale de l'État ou de ses organismes publics, afin qu'ils réalisent certaines activités lorsque leur exécution relèverait de l'intérêt public.

g) Fondations du secteur public



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

En tant que fondations, celles du secteur public sont des organisations constituées comme des personnes juridiques qui gèrent un patrimoine affilié par la personne du fondateur au service de fins d'intérêt général. Bien qu'elles soient des entités publiques et, à l'effet de la LGB, elles font partie du *secteur public étatique* [article 2.1.f) LGB] – et au sein de celui-ci, du *secteur public constitutif* [article 3.3 LGB] – ce ne sont pas des Administrations et il leur est interdit d'exercer des pouvoirs publics. Néanmoins, elles pourront réaliser des activités liées au cadre de compétences des entités fondatrices du secteur public étatique, en devant contribuer à l'obtention des fins de ces dernières, sans que cela ne suppose l'ascension de leurs compétences propres, sauf prévision légale expresse [article 46 de la *Loi 50/2002, du 26 décembre, des Fondations (LF)*].

À l'effet de la LF, l'on considère comme fondations du secteur public étatique, les fondations dans lesquelles coïncide l'une des circonstances suivantes :

a) Qu'elles soient constituées avec un apport majoritaire, direct ou indirect, de l'Administration Générale de l'État, ses organismes publics ou autres entités du secteur public étatique.

b) Que leur patrimoine constitutif, avec un caractère de permanence, soit constitué de plus de 50 pour 100 par des biens ou des droits apportés ou cédés par les entités citées (article 44).

Dans les aspects non réglementés spécifiquement dans le chapitre XI de la LF (*fondations du secteur public étatique*), ces fondations sont régies, de manière générale, par ce qui est disposé dans la LF (article 46 LF).

Dans leur activité, les fondations doivent s'ajuster aux mêmes principes d'organisation et de fonctionnement et de services aux citoyens que devrait suivre



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

l'Administration Générale de l'État si elle-même agissait directement (articles 3 et 4 LOFAGE).

1.1.4. Arbitres

A) Statuts des arbitres.

En ce qui concerne ce point, la réforme concerne leur capacité et le régime d'interdictions et d'incompatibilités.

La teneur actuelle de l'article 13 LA est la suivante :

« Peuvent être arbitres les personnes naturelles qui se trouvent en plein exercice de leurs droits civils, tant que la législation à laquelle ils peuvent être soumis dans l'exercice de leur profession les y empêche pas. Sauf accord contraire des parties, la nationalité d'une personne ne sera pas un obstacle pour qu'elle agisse en tant qu'arbitre. »

L'alinéa un de l'article 4 de l'Avant-projet modifie cet article 13 LA, comme suit :

« Peuvent être arbitres les personnes naturelles qui se trouvent en plein exercice de leurs droits civils, tant que la législation ne les y empêche pas ou qu'ils ne soient pas sujets à une incompatibilité. »

La référence est, par conséquent, triple : à la capacité, à l'inexistence de cause d'interdiction et à la non-pluralité de causes d'incompatibilité. Le texte entraîne une certaine confusion, déjà existante dans la rédaction actuelle, parmi les conditions



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

positives de capacité et les conditions négatives de non-pluralité de causes d'interdiction ou d'incompatibilité.

Quant à l'inexistence de causes d'incompatibilité, la réforme supprime la nuance du texte en vigueur qui consiste à dire que l'empêchement pour exercer en tant qu'arbitre se trouve dans « la législation à laquelle ils pourraient être soumis dans l'exercice de leur profession » (p. ex., le statut Organique du Ministère Public dans son article 57.2 prescrit que l'exercice de fonctions propres au Ministère Public est incompatible avec la participation à des activités ou des organes d'arbitrage). La réforme –« tant que la législation ne l'interdit pas » - dénature la systématique de la LA, puisqu'en supprimant la référence à « que cela ne l'empêche pas (la possibilité d'être arbitres) la législation à laquelle ils pourraient être soumis », cette prévision se dissocie du régime d'incompatibilités, pour faire référence au régime général d'interdictions qui se trouve dans un autre article de la même Loi, le 17 (motifs d'abstention et récusation).

En somme, cette modification inclut, d'une part, une mention générique aux *causes d'interdiction* pour être arbitre qui a son emplacement systématique dans l'article 17 LA ; et d'autre part, elle élargit l'actuel *régime d'incompatibilité* des arbitres pour des motifs exclusivement professionnels, à une incompatibilité qui doit simplement être prévue dans une norme légale (« qui (ne) sont (pas) sujets à une incompatibilité ») qui par exemple, prendrait en compte le poste au lieu de la profession exercée.

Par ailleurs, l'alinéa trois du même article 4 de l'Avant-projet ajoute un nouvel alinéa 4 à l'article 17 LA, pour introduire comme cause d'interdiction (l'EM parle d'*incompatibilité*) « être intervenu en tant que médiateur pour résoudre le même



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

conflit » entre les parties, bien qu'il soit admis que ces dernières puissent décider expressément d'autre chose. Pour sa part, l'article 5.1 *in fine* de l'Avant-projet LM prescrit que les *institutions de médiation* – ces entités, aussi bien à caractère public qu'à caractère privé, qui auraient comme fin la médiation, en facilitant l'accès et l'organisation, y compris la désignation de médiateurs – qui auraient également pour fin l'*arbitrage*, garantiront l'indépendance entre les deux activités.

Cette situation a un lien avec le devoir de confidentialité de la médiation et de son contenu (article 11 Avant-projet LM) et avec la préservation de l'impartialité objective de l'arbitre. La *confidentialité* est un principe informateur de la procédure de médiation par lequel « ni les médiateurs, ni les personnes qui participeraient à l'administration de la procédure de médiation ne seront obligés de déclarer dans une procédure judiciaire civile ou commerciale ou *dans un arbitrage* sur l'information dérivant d'une procédure de médiation ou liée à cette dernière » (article 11.1 Avant-projet LM). Néanmoins, cette proclamation générique admet des exceptions dans le même article, en particulier l'accord contraire des parties qui figurerait dans l'acte initial. La relation de la confidentialité avec la preuve – qui est répétée dans la modification de l'article 335.3 LPC par l'Avant-projet LM, concernant l'intervention d'experts qui seraient intervenus dans une médiation ou un arbitrage liés à la même affaire – et le caractère dispositif qui est accordée aux parties pour éviter cette interdiction, détermine que les médiateurs peuvent agir en tant qu'arbitres dans le même conflit. Quant à l'assimilation, *mutatis mutandis*, à la cause d'abstention et de récusation judiciaire pour manque d'impartialité objective de l'article 219.11^{ème} LOPJ, il se peut que l'interdiction tente d'éviter que l'arbitre ait déjà formé une procédure préalable concernant l'affaire dans laquelle il aurait auparavant agi en tant que médiateur, qui ôterait la potentialité de ce qui résulterait de l'arbitrage.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

Dans une certaine mesure, la possible exception à cette interdiction en vertu d'un accord contraire peut se heurter à l'alinéa 1 du même article, qui, après proclamer que « [t]out arbitre doit être et rester indépendant et impartial pendant l'arbitrage », ajoute tout de suite après que « [d]ans tous les cas, il ne pourra pas maintenir avec les parties, de relation personnelle, professionnelle ou commerciales », puisque le médiateur a rendu un service à caractère professionnel.

Finalement, l'on supprime de l'article 13 LA, la faculté des parties de convenir que la nationalité soit un obstacle pour que la personne agisse en tant qu'arbitre.

B) Participation d'avocats en exercice dans les comités d'arbitrage.

L'alinéa deux de l'article 4 de l'Avant-projet donne une nouvelle rédaction à l'article 15.1 LA :

« 1. Dans les arbitrages internes, lorsque trois arbitres seraient chargés de les résoudre, l'on demandera que l'un deux ait la condition d'avocat en exercice. »

En plus de supprimer, dans cet alinéa, la référence à l'arbitrage d'équité, que la réforme maintient de manière résiduelle, la modification concerne ce qui suit :

1^{ère}) La prévision de cet alinéa se limite à l'hypothèse d'arbitrage en formation collégiale, sans référence à l'arbitrage par un arbitre unique.

2^{ème}) La condition actuelle que l'arbitre présente la condition d'avocat en exercice, sauf accord expresse en cas contraire, se réduit au fait que l'un d'eux



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

réunisse cette condition.

Le Mémoire fait référence à cette modification :

« Dans le même temps, sont transférées au cadre arbitral les exigences de la Directive de services (*Directive 2006/123/CE du Parlement Européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative aux services sur le marché intérieur*), déjà incorporée à notre ordonnancement, ce qui conduit à supprimer l'exigence selon laquelle lorsque l'arbitrage serait résolu par un arbitre unique, celui-ci serait un avocat en exercice, en tenant compte du fait que dans notre système, il existe des juristes de grand prestige (professeurs d'université, notaires ou conservateurs des hypothèques et chefs du registre du commerce ou fonctionnaires publics) qui ne réunissent pas cette condition et pour lesquels l'exercice en tant qu'arbitre s'avère impossible dans notre pays. Néanmoins, lorsque l'arbitrage serait résolu par un tribunal arbitral, l'un des arbitres doit en revanche réunir la condition d'avocat en exercice.»

La Directive 2006/123/CE mentionnée a été partiellement incorporée au Droit espagnol par la *Loi 17/2009, du 23 novembre, sur le libre accès aux activités de services et leur exercice*. Plus concrètement, cette Loi dispose (article 5) que la norme de réglementation de l'accès à une activité de services ou de l'exercice de cette dernière, ne pourra pas imposer aux prestataires un régime d'autorisation, sauf exceptionnellement et tant que les conditions de non discrimination, de nécessité et de proportionnalité seraient réunies, qui devront être suffisamment motivées par la loi qui instaurerait un tel régime. L'article 3.7 définit « autorisation » comme tout acte expresse ou tacite de l'autorité compétente qui serait exigé, de manière préalable, pour l'accès à une activité de services ou son exercice. Pour sa part, l'article 11



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

dispose que la norme régulatrice de l'accès à une activité de service ou de son exercice ne devra pas subordonner cet accès ou cet exercice à des conditions différentes de celles exigées pour l'accès aux professions réglementées, mentionnées dans la Directive 2005/36/CE, qui réserveraient l'accès à une activité de services à une série de prestataires concrets en raison du genre spécifique de l'activité, bien qu'exceptionnellement, l'on pourra subordonner l'accès à une activité de services ou à son exercice, à l'exécution de l'une des conditions de l'alinéa antérieur lorsque, conformément à l'article 5 de cette Loi, elles ne seraient pas discriminatoires et lorsqu'elles seraient justifiées par une raison impérieuse d'intérêt général et qu'elles seraient adaptées.

En vertu de ces dispositions, il convient de soutenir qu'une réserve en exclusivité de l'activité professionnelle d'arbitre manquerait de soutien juridique aux avocats, au détriment de ceux qui exercent d'autres professions juridiques, sans enfreindre à la fois les exigences de *nécessité* (raison impérieuse d'intérêt général) et de *proportionnalité* (que le régime soit l'instrument le plus adéquat pour garantir l'obtention de l'objectif poursuivi, parce qu'il n'existe pas d'autres mesures moins restrictives qui permettraient d'obtenir le même résultat). L'exigence de *non discrimination* n'entrerait pas en jeu ici, puisque qu'elle dépend de la nationalité de personnes physiques appartenant à des États membres de l'UE.

Face à la teneur de la modification et de l'explication du Mémoire, l'on peut formuler les observations suivantes :

a) Lorsqu'il s'agit d'arbitrage en Droit par un unique arbitre, l'on n'instaure aucune condition d'aptitude professionnelle que l'arbitre devrait remplir, c'est pourquoi une fois la référence à la condition « d'avocat en exercice » supprimée, l'on devrait



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

inclure une mention à la qualification juridique de l'arbitre. Et la même chose concernant les autres arbitres qui, conjointement à l'avocat (ou aux avocats) feraient partie du comité arbitral.

b) La règle concerne l'arbitrage interne à l'exclusion de l'international, qui est régi dans ce point par ses propres normes.

c) Concernant l'arbitrage en formation collégiale, ce qui est certain, c'est que la forme n'est pas strictement nécessaire, puisque le texte en vigueur prévoit la possibilité d'« accord contraire expresse » face à l'exigence de la condition d'avocat en exercice des arbitres, ce qui permet déjà l'intervention d'autres professionnels du droit.

d) Le précepte devrait éclaircir si la présence d'un avocat en exercice au sein du comité d'arbitrage est « au moins » ou, au contraire, « au maximum ». L'expression « l'on requerra que l'un d'eux arbore la condition d'avocat en exercice », donne lieu à cette double interprétation. Il reste en outre l'inconnue de savoir si l'on devra appliquer une sorte de règle proportionnelle lorsque le comité d'arbitrage serait composé par plus de trois arbitres.

C) Arbitrage sociétaire

La disposition finale deuxième de l'Avant-projet, relative à l'*arbitrage sociétaire*, donne un nouveau contenu à l'article 119.1 LSA (dérogé par disposition dérogatoire unique, alinéa 2.2^{ème}, LPC), au niveau de la contestation d'accords sociaux, pour introduire deux prévisions en ce qui concerne l'aspect subjectif de l'arbitrage :

1^{ère}) L'arbitrage se soumet à un ou plusieurs arbitres en Droit.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

2^{ème}) L'administration de l'arbitrage et la désignation des arbitres est confiée à une institution arbitrale.

Vid. ce qui est exposé avec plus de précision dans l'alinéa correspondant à ce concept des *remarques générales*.

D) *Assurance obligatoire de responsabilité civile* (article 21.1 LA).

L'alinéa quatre article 4 de l'Avant-projet ajoute un deuxième paragraphe à l'alinéa 1 de l'article 21 LA, intitulé *[r]esponsabilité des arbitres et des institutions arbitrales. Provision de fonds*.

L'ajout consiste à exiger aux arbitres ou aux institutions arbitrales en leur nom, la souscription d'une assurance de responsabilité civile ou une garantie équivalente, dans les termes réglementairement instaurés. Sont exceptés de cette obligation les Entités publiques et le système arbitral de consommation.

Cette nouveauté doit être mise en rapport direct avec le paragraphe précédent, qui instaure la responsabilité des arbitres ou, le cas échéant, de l'institution arbitrale, pour les dommages et intérêts, qu'ils causeraient, dans le cadre de l'exécution de leur profession, par mauvaise foi, témérité ou dol. La prévision a un rapport avec ce qui est stipulé par l'article 21 (*assurances et garanties de responsabilité professionnelle*) de la *Loi 17/2009, du 23 novembre, sur le libre accès aux activités de services et leur exercice*, c'est pourquoi l'on pourra exiger aux prestataires de services, dans une norme ayant le rang de loi, la souscription d'une assurance de responsabilité civile professionnelle ou une autre garantie équivalente qui couvrirait les dommages qu'ils pourraient provoquer au cours de la prestation du service, dans les cas où les services



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

présenteraient un risque direct et concret (...) pour la sécurité financière du destinataire, en entendant par cela, toute personne physique ou juridique qui utiliserait ou désirerait utiliser un service ; la garantie exigée devra être proportionnelle à la nature et à la portée du risque couvert.

Or, si l'on considère que l'expression « en leur nom » fait allusion à la souscription de l'assurance par l'institution arbitrale *au nom des arbitres*, cela signifie que l'institution agira comme simple preneur de l'assurance et que le sujet assuré sera l'arbitre [cfr. article 7 de la *Loi 50/1980, du 8 octobre, de Contrat d'Assurance (LCS)*], l'assurance de responsabilité civile couvrant « le risque de l'apparition, à la charge de l'assuré, de l'obligation d'indemniser un tiers des dommages et des intérêts causés par un fait prévu dans le contrat dont l'assuré serait civilement responsable des conséquences, conformément au droit » (article 73 LCS). Par conséquent, sauf si l'institution arbitrale se serait assurée volontairement, l'assurance qu'instaure la réforme, ne couvrira ni la responsabilité de l'institution arbitrale pour des actes propres, ni la responsabilité pour des faits étrangers qui résulteraient de l'exercice de l'action directe face à l'institution arbitrale que le même article 21.1 LA concède à la personne lésée dans les arbitrages qui lui auraient été confiés, indépendamment des actions d'indemnisation qui assistent l'institution contre les arbitres.

1.2. ÉLÉMENTS OBJECTIFS.

1.2.1. Arbitrage d'équité

À ce qui a déjà été exposé dans les *remarques générales* concernant la suppression de cette modalité d'arbitrage, il faut ajouter que l'article 5 de l'Avant-projet modifie l'article 34.1 LA, en conditionnant l'arbitrage d'équité – que les parties peuvent



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

expressément autoriser aux arbitres – à ce qu'il s'agisse d'un arbitrage international.

En accord avec ce qui précède, la nouvelle rédaction de l'article 15.1 LA, opérée par l'article 4, alinéa deux, de l'avant-projet, supprime la référence à l'arbitrage interne d'équité dans le cadre de la nomination d'arbitres. De même, la disposition finale deuxième de l'Avant-projet qui dote de contenu l'article 119 LSA, exige que l'arbitrage sociétaire soit soumis à la décision d'un ou de plusieurs arbitres *de Droit*.

1.2.2. Arbitrage administratif

L'arbitrage administratif que l'article 11 introduit dans la LA à travers une nouvelle disposition additionnelle deuxième, suppose que certaines controverses inter ou intra-administrative doivent être résolues par la procédure arbitrale introduite par la même disposition, « sans que l'on puisse avoir recours à la voie administrative, ni juridictionnelle pour résoudre ces controverses ».

Les matières concernées par l'arbitrage sont les suivantes :

a) Controverses juridiques importantes qui se produisent entre :

- L'Administration Générale de l'État et d'autres Organismes publics réglementés dans le Titre III et la disposition additionnelle neuvième de la Loi 6/1997, du 14 avril, d'organisation et de fonctionnement de l'Administration Générale de l'État.

- L'Administration Générale de l'état et les Entités Gestionnaires et les Services Communs de la Sécurité Sociale.

- L'Administration Générale de l'État et d'autres Entités de Droit public réglementées par leur législation spécifique qui sont réglementairement déterminées.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

- Deux Entités ou plus (paragraphe 1^{er} de la disposition additionnelle deuxième. 1 LA).

L'alinéa 2 de cette disposition additionnelle deuxième LA détermine, à cet effet, les cas de « controverses juridiques importantes » :

- Celles qui, indépendamment de leur montant, génèrent ou pourraient générer un nombre élevé de réclamations.
- Celles qui auraient un montant économique d'au moins 300.000 euros.
- Celles qui, d'après l'une des parties, seraient d'une importance cruciale pour l'intérêt public.

Dans un premier temps, la littéralité de la troisième hypothèse rendrait inutile le fait d'avoir recours à n'importe laquelle des deux autres, puisque l'avis de *seulement une* des parties qui apprécierait l'importance cruciale du cas pour l'intérêt public, constitue un motif suffisant pour qualifier la controverse comme juridiquement importante et, par conséquent, sujette à l'arbitrage obligatoire de la Commission. Quant à la première des hypothèses (controverses qui « engendrent ou pourraient engendrer un nombre élevé de réclamations »), elle introduit un élément quantitatif indéterminé qui devra être délimité par la propre Commission, puisque l'unification de critères par voie jurisprudentielle est exclue.

Il convient également de se demander à quelle type de controverses juridiquement importantes *entre administrations étatiques* fait référence la norme, qui génèreraient une réclamation massive, ou qui dépasseraient un certain montant économique et serait d'une importance cruciale pour l'intérêt public.

b) Controverses juridiques qui se produisent entre :



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

- Les sociétés commerciales étatiques et les fondations du secteur public étatique et leur Ministère de tutelle.
- Les sociétés commerciales étatiques et les fondations du secteur public étatique et la Direction Générale du Patrimoine.
- Les sociétés commerciales étatiques et les fondations du secteur public étatique et les Organismes ou les entités publiques qui détiendraient la totalité du capital social ou une dotation de celles-ci (paragraphe 2^{ème} de la disposition additionnelle deuxième. 1 LA)

Comme l'on peut le voir, dans ce type de conflits, l'on exige seulement que les controverses aient une nature juridique, sans qu'elles doivent être *importantes* conformément aux critères indiqués, comme cela est, en revanche, exigé aux controverses touchant l'Administration Générale de l'État et à d'autres Entités de Droit Public. Il semble que les controverses devront être de droit administratif, au vu de l'énoncé de l'article 11 Avant-projet, ce qui, en principe, exclurait les conflits de droit privé dérivés de l'action de ces entités.

c) Matières exclues

L'alinéa 5 de la disposition additionnelle deuxième de la LA exclut de l'arbitrage de la Commission :

1^{er}) Les questions de nature pénale, sans inclure les questions relatives à l'exercice des actions civiles découlant de délits ou de fautes.

2^{ème}) Les questions de responsabilité comptable qui relèveraient de la compétence de la Cour des Comptes, « sujettes à la législation spécifique régulatrice



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

de celle-ci ».

3^{ème}) Les conflits d'attributions entre différents organes d'une même Administration publique, qui seront réglementés par leurs dispositions spécifiques. La disposition dérogatoire unique de la *Loi 50/1997, du 27 novembre 1997. Organisation, compétence et fonctionnement du Gouvernement*, a dérogé les articles, en vigueur à l'époque, 48 à 53 de la *Loi du 17 juillet 1948, de Conflits Juridictionnels*, la disposition additionnelle quatorzième de la LOFAGE étant applicable dans cette matière, dans le cadre qui lui est propre.

4^{ème}) Questions relatives aux procédures (« questions des procédures » dit littéralement le texte) de contrôle effectuées par l'Intervention Générale de l'Administration de l'État, réglementées spécifiquement dans la LGB, dans la *Loi 38/2003, du 17 novembre, Général de Subventions*, et autres normes de développement de ces dernières.

Par conséquent, le cadre matériel de l'arbitrage dans les controverses entre l'Administration Générale de l'État et les Entités de Droit public est doublement limité : d'une part, la controverse juridique doit être *importante* dans les termes indiqués (alinéa 2 de cette disposition additionnelle deuxième LA) et, d'autre part, elle ne doit pas figurer dans la liste de questions exclues.

Quant aux matières exclues, elles doivent être ajoutées aux controverses concernant les sociétés commerciales étatiques et les fondations du secteur public, pour lesquels sont mis en place des mécanismes internes de résolution de controverses (cfr. le paragraphe 2^{ème} *in fine* de cette disposition additionnelle).

1.2.3. Clause de soumission à l'arbitrage dans la contestation d'accords sociaux



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

Comme cela a déjà été indiqué, la disposition finale deuxième de l'Avant-projet donne une nouvelle rédaction à l'article 119 LSA pour introduire l'arbitrage sociétaire (ou statutaire, comme le nomme le Mémoire) dans la contestation d'accords sociaux. La réglementation de la clause arbitrale revêt une importance particulière, dont l'inclusion dans les statuts sociaux est prévue en deux temps : au moment de la constitution des statuts sociaux d'origine (alinéa 1) ; ou ultérieurement, moyennant l'introduction dans les statuts de la clause qui demandera l'accord de tous les associés (alinéa 2). L'on exige, par conséquent, l'unanimité des associés.

1.2.4. Instruments pour la révocation de la sentence arbitrale

Étant donné que l'Avant-projet introduit à la LA une sorte d'incident de nullité, l'on doit faire la distinction entre les instruments de révocation de la sentence arbitrale encadrés par la propre procédure arbitrale, et les actions judiciaires face à la sentence arbitrale, puisqu'il ne s'agit pas de *recours* au sens propre, étant donné qu'ils ne s'insèrent pas dans la procédure arbitrale et ils ne permettent pas non plus de réviser ou de substituer la décision de fond des arbitres.

A) Dans les procédures arbitrales

L'article 7 de l'Avant-projet, intitulé *outrepassement partiel de la sentence*, modifie l'article 40 LA, relatif à l'*action d'annulation de la sentence*. Cette disposition est associée à l'article 41 LA (*motifs d'annulation de la sentence*) :

« 1. La sentence pourra être annulée uniquement lorsque la partie sollicitant l'annulation allègue et prouve :



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

(...)

c) Que les arbitres ont résolu les questions non soumises à leur décision.

(...)

3. Dans les cas prévus aux paragraphes c) et e) de l'alinéa 1, l'annulation concernera seulement les prononcés de la sentence sur les questions non soumises à la décision des arbitres ou non susceptibles d'arbitrage, tant qu'elles peuvent être séparées des autres. »

La nouveauté réside dans le nouvel alinéa 2 de l'article 40, qui prévoit un incident devant l'arbitre, préalable à l'exercice de l'action d'annulation, lorsqu'il aurait pour cause l'outrepassement partiel de la sentence, afin qu'au niveau arbitral, l'on corrige l'excès. Avec cela, l'on cherche, d'après le Mémoire, à incorporer à la LA une solution rapide aux hypothèses d'outrepassement partiel de la sentence, qui clôturerait le traitement de l'incohérence de la sentence avec l'incident que prévoit, à l'heure actuelle, l'article 39.1.c LA pour l'hypothèse de nécessité de compléter la sentence par rapport aux demandes formulées et non résolues au sein de celle-ci.

Il semble que la réforme prend pour modèle l'incident extraordinaire de nullité de procédures judiciaires de l'article 241 LOPJ, qui avant la réforme opérée par la *Loi Organique 6/2007, du 24 mai, modifiant la Loi Organique 2/1979, du 3 octobre, du Tribunal Constitutionnel*, mentionnait comme motif spécifique « l'incohérence du jugement », qui est ce en quoi consiste, *mutatis mutandis*, l'outrepassement partiel de la sentence pour incohérence *extra petitum* (résoudre une chose différente de ce qui a été demandé) ou *ultra petitum* (accorder plus de ce qui a été demandé). Comme il est bien connu, dans sa rédaction actuelle de l'article 241.1 LOPJ, l'hypothèse se fonde



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

sur la violation d'un droit fondamental des articles 53.2 de la Constitution cités, c'est pourquoi il faut mettre en relation ce type d'incohérence avec la vulnérabilité –proscrite à l'article 24.1 CE – que cela provoque chez la partie lésée.

L'exigence que l'outrepassement soit « partiel », admet l'incohérence *ultra petitum*, puisque ce qui partielle se fondera sur l'excès quantitatif qui est accordé par rapport à la demande de l'acteur, mais quant à l'incohérence *extra petitum*, le côté partiel de l'outrepassement devra supposer que l'arbitre s'est prononcé, au moins, par rapport à l'une des prétentions formulées ; en cas contraire, si l'incohérence était complète, si le prononcé de l'arbitre portait exclusivement sur des questions non présentées, l'on ne pourra pas avoir recours à cet incident, puisque l'outrepassement n'aura pas été qualifié de « partiel ». À cela s'ajoute la combinaison avec l'omission de statuer, puisque le prononcé sur des questions non présentées peut être accompagné de l'omission des prononcés dus ; dans cette hypothèse, les deux dossiers arbitraux prévus pour surmonter l'incohérence se heurteraient, celui de l'article 40.2 LA – pour l'incohérence *extra petitum*- et celui de l'article 30, pour l'omission de statuer.

Quant à l'instruction de cet incident, l'on analysera la partie systématiquement consacrée aux questions de procédure.

B) *Processuels*

La réforme concerne l'action d'annulation de la sentence. La modification de l'article 40 LA, en vertu de l'article 7 de l'Avant-projet, maintient dans ses mêmes termes l'action d'annulation de la sentence, qui était paragraphe unique et occupe désormais l'alinéa 1 de l'article, bien qu'elle n'exige pour son exercice, en cas d'outrepassement partiel de la sentence, comme l'on vient de le voir que, de manière



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

préalable, un incident de nullité soit invoqué devant l'arbitre afin qu'il corrige l'excès.

À son tour, l'article 10 de l'Avant-projet (*chose jugée et révision de sentences*) modifie l'article 43 LA, pour ajouter l'action d'annulation de la sentence à la voie de la révision de conformité à ce qui est instauré dans la LPC pour les décisions sans appel.

La suppression de la référence à *la confirmation* de la sentence – « considérée dysfonctionnelle dans ce cadre » s'avère bien choisie, bien que la réforme maintienne dans l'article 40.1 LA l'expression *sentence sans appel* en opposition à *sentence définitive* de l'article 43 LA, qui n'est autre que le transfert à l'arbitrage des notions de *décision définitive et décision sans appel* – étant donné que la sentence n'est pas susceptible de recours mais d'actions autonomes d'annulation ou de rescision (*révision*), qui ouvrent respectivement des procédures de contestation de la validité de la sentence ou de révision de cette dernière. La LA a déjà supprimé de la liste de titres exécutoires de l'article 517.2.2^{ème} LPC, la mention au caractère sans appel des sentences et des résolutions arbitrales.

En rapport avec cela et sans confondre *caractère sans appel* et *caractère exécutoire*, il faut tenir compte du fait que la contestation de la sentence ne la prive pas de force exécutoire, sans que l'institution de l'exécution provisoire ait ici sa place, étant donné que celle-ci est encadrée par l'exécution de décisions appelables qui auraient été contestées moyennant des recours avec effet suspensif. La sentence définitive jouit d'efficacité exécutoire directe et, par conséquent, sans nécessité d'homologation judiciaire (article 45.1 LA).

Quant aux causes de nullité, l'article 8 de l'Avant-projet (*infractions de la sentence*) modifie la teneur de celle qualifiée à l'article 41.1.f) LA, qui consiste à être la



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

sentence contraire à l'ordre public, pour ajouter l'adverbe « manifestement », c'est-à-dire, la sentence doit être *manifestement contraire à l'ordre public* pour faire l'objet d'annulation. D'après le Mémoire, avec cela, l'on « cherche à augmenter la force juridique de la sentence ». Cette cause de nullité est l'une de celle qui peuvent être appréciées d'office par le tribunal ou à la demande du Ministère Public par rapport aux intérêts dont la défense lui est légalement attribuée (article 41.2 LA), ce qui la rend indisponible à la volonté des parties.

La question réside, par conséquent, dans la portée du terme « manifestement ». Le dictionnaire de la Real Academia Española le définit ainsi : « avec clarté et évidence, ouvertement ». Par conséquent, ce qui est « manifeste » n'est pas une qualité ajoutée à la propre infraction à l'ordre public, à laquelle il n'apporte qualitativement rien qui pourrait avoir une incidence sur une plus importante ou une moindre gravité, mais cela concerne une simple circonstance, telle que l'est la clarté et l'évidence avec laquelle l'infraction s'est manifestée à l'extérieur. De cette manière, il convient de se demander s'il est judicieux que la nullité d'une sentence arbitrale contraire à l'ordre public, mais qui ne serait pas manifeste, ne puisse pas être annulée. L'opposition à l'ordre public constitue une cause de nullité d'importance supérieure qui ne doit pas être soumise à un accident, comme c'est le cas de la clarté ou de l'évidence avec laquelle elle se manifeste, en donnant la suprématie à un facteur secondaire par rapport au principal, sans que, par ailleurs, l'on puisse justifier le fait d'« augmenter la force publique » (Mémoire) de sentences lestées par ce vice de nullité radicale.

D'autre part, si l'on ajoute aux difficultés de concrétisation découlant de la propre notion d'« ordre public » comme concept juridique indéterminé, la relativité de ce qui, dans tous les cas, serait « manifeste », la sécurité juridique pourrait se



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

dégrader.

Quant à l'ajustement de cette modification avec d'autres textes concernant la même matière, les difficultés ne disparaissent pas. En premier lieu, la Loi Modèle du 21 juin 1985, sur l'Arbitrage Commercial International, élaborée par la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDMI/UNCITRAL), recommandée par l'Assemblée Générale des Nations Unies dans leur Résolution 40/72, du 11 décembre 1985, qui constitue le principal critère inspirateur de la LA (cfr. EM I), prévoit comme cause de nullité de la sentence arbitrale, appréciable d'office par le tribunal avec des fonctions de supervision de l'arbitrage, que la sentence soit contraire à l'ordre public de l'État (article 34.b.ii) ; et comme motif pour refuser la reconnaissance ou l'exécution (exéquatur), que le tribunal vérifie « que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence seraient contraires à l'ordre public de cet État » (article 36.1.b.ii).

Et dans un second temps, bien que circonscrit à l'arbitrage international, pour la Convention de New York le 10 juin 1958, c'est une cause de refus de la reconnaissance et de l'exécution d'une sentence arbitrale, que l'autorité compétente du pays dans lequel la reconnaissance et l'exécution est demandée vérifie « [q]ue la reconnaissance ou l'exécution de la décision seraient contraires à l'ordre public de ce pays » (article V.2.b). Sans préjudice de la propre force normative de cette Convention, c'est celle qui régit l'exéquatur des sentences étrangères par disposition expresse de l'article 46.2 LA.

La réforme projetée peut produire l'effet d'accorder un traitement différent à la clause d'ordre public selon que l'arbitrage serait interne ou international, ce qui, outre paraître irraisonnable, contredit l'esprit de la LA qui « opte clairement pour une



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

réglementation unitaire des deux » arbitrages (EM II LA).

1.3. ÉLÉMENTS DE L'ACTIVITÉ

Quant aux éléments relatifs à l'activité, les modifications qu'introduit l'article 6 (*la sentence arbitrale*) de l'Avant-projet à l'article 37 LA sont au nombre de deux.

1.3.1. *Forme de la sentence*

L'on supprime de l'alinéa 3 de l'article 37 LA, la possibilité que les arbitres puissent exprimer une opinion divergente, c'est-à-dire, qu'ils puissent formuler un vote dissident face à la décision de la majorité. Les remarques à cette modification seront faites à la suite, en raison du rapport de ce point avec la généralisation du devoir de motiver la sentence.

1.3.2. *Motivation de la sentence*

La deuxième modification concerne l'alinéa 4 de l'article 37 LA, pour instaurer sans exceptions la règle de motivation de la sentence (« [l]a sentence devra toujours être motivée »).

L'on supprime donc les deux exceptions que cet alinéa prévoit pour la motivation de l'arbitrage :

- que les parties aient accordé autre chose ou
- qu'il s'agisse d'une sentence prononcée dans les termes convenus par les parties conformément à l'article 36 LA (sentence par accord des parties).



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

En matière d'arbitrage en Droit – option pour laquelle penche l'Avant-projet dans l'arbitrage interne-, le devoir de motivation de sentence a un rapport avec l'intérêt légitime qui soutient les parties à connaître le fondement factuel et juridique de la décision, sans oublier qu'il favorise le contrôle de la sentence dans la mesure où elle est révisable à travers les actions d'annulation et de révision. En revanche et contrairement à ce qui se produit généralement avec les résolutions judiciaires qui sont susceptibles d'appel, la motivation ne respecte pas, ici, le devoir de point de référence nécessaire pour le contrôle de la décision de fond en voie de recours.

Par conséquent, la suppression projetée du vote dissident dans la sentence arbitrale est discutable, dans la mesure où l'opinion divergente de l'arbitre pourrait servir aussi bien à satisfaire l'intérêt de la partie à connaître l'intégralité du débat du comité d'arbitral, qu'à apprécier une cause d'annulation ou de révision.

Finalement, l'exigence de motivation dans tous les cas, de la sentence pourra également s'étendre à l'arbitrage international qui serait d'équité et régi par la LA.

2. Procédure

En matière procédurale, l'analyse de la réforme se divise en une triple direction, puisqu'elle concerne certaines procédures judiciaires, la procédure arbitrale, ainsi que la nouvelle procédure administrative pour la résolution de controverses administratives.

2.1. PROCÈS JUDICIAIRES



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

Au niveau processuel, l'Avant-projet introduit des modifications de très différents niveaux à la procédure civile et à la procédure le contentieux-administrative.

2.1.1. Procédure civile

La réforme concerne les matières des procédures civiles suivantes :

A) Exception d'arbitrage et son traitement processuel

L'Avant-projet dans son article 2 (*exception d'arbitrage*) – qui modifie l'article 11 LA – et dans la disposition finale quatrième- de modification des articles 39, 65.2 et 66.1 LPC – modifie le traitement processuel de la convention arbitrale.

En commençant par la réforme de l'article 11 LA, l'alinéa 3, relatif à l'adoption judiciaire de mesures conservatoires avant ou pendant la procédure arbitrale, reste le même. Au contraire, les alinéas 1 et 2 de celui-ci font l'objet des modifications suivantes :

« 1. Le tribunal surseoir, à la demande de la partie, au litige duquel il connaîtrait lorsque celui-ci serait soumis à l'arbitrage ou s'il existait une convention arbitrale, à moins qu'il prouve que cette convention est manifestement nulle ou inefficace. L'exception d'arbitrage devra être opposée avant ou avec la réponse à la demande et elle devra être accompagnée d'un début de preuve.

Une fois l'exception à laquelle fait référence l'alinéa précédent proposée, le jugement sera suspendu. Le greffier, moyennant une mesure d'organisation, convoquera les parties à une comparution, en devant calculer 15



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

jours à partir de la citation ; le tribunal entendra les parties, admettra les documents présentés et décidera sous la forme d'arrêt ce qu'il estimera pertinent durant le deuxième jour.

L'arrêt admettant l'exception décidera le non-lieu du jugement et contre celui-ci, un pourvoi en appel pourra être interposé.

Contre l'arrêt rejetant l'exception, seul un recours gracieux sera possible, sans préjudice de reproduire la question faisant l'objet du recours au moment de faire appel de la décision définitive.

2. L'exception d'arbitrage n'empêchera pas l'ouverture ou la poursuite des procédures arbitrales. »

L'on supprime la déclaration générale de l'alinéa 1 en vertu duquel « [l]a convention arbitrale oblige les parties à respecter ce qui est stipulé et empêche les Tribunaux de connaître des controverses soumises à l'arbitrage », ainsi que la condition qui vient tout de suite après : « tant que la partie concernée l'invoquerait moyennant un déclinatoire ». Ce dernier est le contenu matériel de la réforme, qui donne une nouvelle réglementation aussi bien à l'instrument processuel idoine pour alléguer l'existence de la convention arbitrale, qu'à son traitement processuel.

Quant à l'alinéa 2, la modification se limite à remplacer, en accord avec l'alinéa précédent, le terme déclinatoire par l'expression « exception d'arbitrage », en disposant que son opposition ne produira pas l'effet de litispendance sur l'ouverture ou la poursuite des procédures arbitrales.

Une fois l'analyse située au niveau de l'exception d'arbitrage, le nouveau contenu de l'article 11.1 LA comprend ce qui suit :



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

1^{er}) Comme nous l'avons déjà dit, l'instrument processuel pour invoquer dans la procédure civile, l'existence de la convention arbitrale sera l'exception d'arbitrage et non plus le déclinatoire de juridiction.

2^{ème}) L'exception d'arbitrage est, comme toute exception, opposable « à la demande des parties », celle-ci devant être opposée « avant ou avec la réponse à la demande ».

3^{ème}) À l'écrit dans lequel elle sera opposée « un début de preuve devra être joint ».

4^{ème}) Une fois l'exception proposée « le jugement sera suspendu » et « [l]e greffier, moyennant une diligence d'organisation, convoquera les parties à une comparution, en comptant 15 jours à partir de la citation ».

5^{ème}) Le tribunal « entendra les parties, admettra – l'on doit considérer que cela sera ainsi « si cela est nécessaire » - les documents présentés et décidera sous forme d'arrêt ce qu'il estimera opportun durant le deuxième jour ».

6^{ème}) Le tribunal surseoir au « litige duquel il connaîtrait lorsqu'il se trouverait soumis à l'arbitrage ou lorsqu'il existerait une convention arbitrale, à moins qu'il prouve que cette convention est manifestement nulle ou inefficace », en insistant plus loin sur le fait que « l'arrêt qui accepterait –*rectius* « prendrait en considération » - l'exception conviendra du non-lieu du jugement ».

7^{ème}) Contre l'arrêt qui accepterait l'exception, l'on pourra interposer un recours



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

en appel et face à celui qui la refuserait, seul un recours gracieux sera possible, sans préjudice de reproduire la question faisant l'objet du recours gracieux en appelant la décision définitive.

Quant à la modification de la LPC, l'on supprime les mentions à l'arbitrage dans les articles consacrés à l'appréciation du défaut de compétence internationale ou de juridiction à la demande d'une partie (article 39), à la décision moyennant un arrêt du déclinatoire qui déclarerait le défaut de juridiction, à l'abstention de connaître et au non-lieu de la procédure (article 65.2), et au recours contre l'arrêt du tribunal qui s'abstiendrait de connaître (article 66.1), bien que par rapport à ce dernier article, la cohérence de la réforme déterminerait aussi la suppression aussi bien de l'allusion à la « soumission à l'arbitrage » dans le titre de l'article (*Recours en matière de compétence internationale, juridiction, **soumission à l'arbitrage** et compétence objective*), que du renvoi à ce qui est stipulé dans le paragraphe précédent contenu dans le paragraphe deuxième de l'alinéa 2, relatif à la contestation de l'arrêt qui refuserait la soumission de l'affaire à l'arbitrage (« ce qui est stipulé au paragraphe précédent sera également applicable lorsque l'arrêt refuserait la soumission de l'affaire à l'arbitrage »).

Pour connaître dans son intégralité la portée de la réforme, une approche du traitement actuel du déclinatoire de juridiction convient.

Le déclinatoire doit être proposée dans les dix premiers jours du délai pour répondre à la demande, ou dans les cinq premiers jours suivants la citation pour la procédure civile, le délai pour répondre – dans le jugement ordinaire- ou le calcul pour le jour de l'audience – dans la procédure civile – et dans le cours de la procédure principale (article 64.1 LPC) ayant l'effet suspensif jusqu'à ce qu'elle soit résolue. La



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

suspension de la procédure principale n'empêche pas que le tribunal, devant lequel l'affaire est en attente, puisse administrer, à la demande d'une partie, toute procédure de mesure conservatoire de la preuve, ainsi que les mesures conservatoires dont le retard pourrait entraîner des dommages irréparables pour l'acteur, sauf si le défendeur fournissait une caution suffisante pour répondre aux dommages et intérêts occasionnés par l'instruction d'un déclinatoire dépourvu de fondement (article 64.2 LPC).

Les plaideurs restants disposent d'un délai de cinq jours, à compter de la notification du déclinatoire, pour alléguer et apporter ce qu'ils estiment opportun pour soutenir la juridiction du tribunal, qui statuera sur la question dans les cinq jours suivants (article 65.1 LPC).

Si le tribunal considère le déclinatoire fondé du fait que l'affaire a été soumise à un arbitrage, il le déclarera ainsi moyennant un arrêt, en s'abstenant de connaître et en sursoyant à la procédure (article 65.2 LPC). Contre l'arrêt s'abstenant de connaître du fait que l'affaire a été soumise à un arbitrage, un recours en appel est possible (article 66.1 LPC), alors que contre l'arrêt refusant la soumission de l'affaire à un arbitrage, seul un recours gracieux sera envisageable, sans préjudice d'alléguer la faute de ces données processuelles lors de l'appel contre la décision définitive (article 66.2 LPC).

En accord avec ce qui a été exposé, la LPC en vigueur, outre l'inclusion de l'arbitrage parmi les causes du déclinatoire de juridiction, a modifié dans la disposition finale huitième, l'article 11 LA pour l'adapter à cette nouveauté.

En comparant les deux régimes – celui du déclinatoire et celui de l'exception



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

processuelle – la modification qu'introduit l'Avant-projet se traduit par ce qui suit :

1^{er}) Le retour en partie au traitement des exceptions processuelles dilatoires de la LPC 1881, puisqu'il partage une des notes des exceptions dilatoires, tel que le fait que l'exposé soit préalable à la réponse, à la demande et à l'ouverture d'un incident pour le résoudre de manière préalable à la demande. Ce régime ne se voit pas substantiellement modifié parce que la réforme admet que l'exception puisse être envisagée « avec la réponse à la demande », puisque la procédure est également suspendue jusqu'à ce que l'exception soit résolue.

Cette réglementation n'a pas le grave inconvénient que présentait la LPC 1881, lorsqu'elle permettait l'exposé de l'arbitrage comme péremptoire dans la réponse à la demande, ce qui obligeait à différer sa résolution au moment de dicter la décision en première instance, avec une perte de tout ce qui a été instruit si l'exception est admise.

Néanmoins, si l'on n'envisage pas simultanément l'exception et la réponse, il se peut que la possibilité de répondre en cas de rejet de l'exception soit frappée de forclusion, mais pas si la partie défenderesse se voyait donner une nouvelle possibilité de répondre à la demande après le rejet de l'exception.

2^{ème}) Différences d'instruction entre le déclinatoire et l'exception :

a) L'exception doit être opposée devant le tribunal qui connaît du procès. En revanche, le déclinatoire peut être également présenté devant le tribunal du domicile du défendeur, qui le fera parvenir par le moyen de communication le plus rapide possible au tribunal devant lequel aurait été présentée la demande, sans préjudice de le renvoyer, par norme, le jour suivant sa présentation (article 63.2 LPC).



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

b) Le déclinatoire doit être proposé dans les dix premiers jours du délai pour répondre à la demande, ou dans les cinq premiers jours suivant la citation à l'audience dans la procédure civile (article 64.1 LPC) et par conséquent, toujours avant la réponse à la demande ; l'exception « devra être opposée avant ou avec la réponse à la demande ». Par conséquent, l'exception peut être opposée lors du jugement ordinaire dans le délai de 20 jours que le défendeur a pour répondre à la demande (article 404.1 LPC), alors que dans la procédure civile le *dies ad quem* est retardé jusqu'à la tenue de l'audience.

La possibilité d'opposer l'exception avec la réponse à la demande signifie que dans les procédures civiles – dans lesquelles la réponse à la demande se produit lors de l'audience (article 443.2 LPC) – l'opposition de l'exception et sa résolution seront différées à un moment processuellement avancé, comme c'est le cas l'audience. L'on perd ainsi l'opportunité qu'offre le déclinatoire de résoudre *a limine* la question relative à l'arbitrage.

c) Le déclinatoire à l'effet de suspendre, jusqu'à ce qu'il soit résolu, le délai pour répondre, ou la computation pour le jour de l'audience et le cours de la procédure principale (article 64.1 LPC) ; en revanche, l'exception « suspendra le jugement ». Il convient d'observer que le terme « jugement » est techniquement applicable à l'audience lors de laquelle s'administre la preuve et sont formulées les prétentions finales lors de la *procédure ordinaire*, alors que la même démarche dans la *procédure civile* est dénommée « audience », en présumant que l'Avant-projet en parlant de « jugement » se réfère à la « procédure » ou au cours des procédures, puisqu'il n'est pas logique qu'une fois l'exception opposée lors du jugement ordinaire, dans la réponse à la demande, il faille attendre le procès pour décider de la suspension de la



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

procédure.

Il n'est pas prévu, comme cela est le cas dans le déclinatoire, que pour l'hypothèse selon laquelle dans le jugement ordinaire, une exception ait été opposée avant de répondre à la demande, une fois l'incident résolu, l'on accorde à la partie défenderesse un délai pour répondre, dans la mesure où il peut s'avérer, comme cela a déjà été souligné, que le défendeur se soit limité à opposer l'exception d'arbitrage et après que ses prétentions aient été refusées, la possibilité de répondre ait été frappée de forclusion.

Par ailleurs, lorsque l'exception est opposée dans la réponse à la demande lors de l'audience de procédure civile, l'on suspendra l'audience et une fois que les 15 jours auront couru, la comparution se tiendra. Ainsi, l'exception d'arbitrage reçoit un traitement différent et de durée plus importante que le reste des exceptions processuelles, qui sont résolues lors de la même audience (cfr. l'article 443.2 et 3 LPC).

d) Le déclinatoire se fait par formalité écrite, puisque à l'acte où il est opposé doivent être joints les documents ou les débuts de preuve sur lesquels il se fonde, avec des copies en nombre égal à celui des plaideurs restants, qui disposeront d'un délai pour alléguer et apporter ce qu'ils considèrent opportun pour soutenir la juridiction du tribunal, qui décidera de la question dans les cinq jours suivants. L'exception a une instruction mixte, orale et écrite : une fois opposée par écrit et accompagnée d'un principe de preuve, le greffier convoquera les parties à une comparution, en comptant 15 jours à partir de la citation.

e) Le déclinatoire n'envisage pas expressément la possibilité que le tribunal



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

rejette le déclinatoire – malgré l'appréciation de la soumission à un arbitrage – s'il constate que la convention arbitrale est manifestement nulle ou inefficace ; l'exception admet cette possibilité de manière expresse.

Or, rien n'empêche, à l'heure actuelle que ces questions puissent être introduites au débat, y compris lorsqu'il s'agirait de la nullité de la convention arbitrale, qui serait appréciée d'office, par analogie avec la faculté d'apprécier d'office certaines causes de nullité prévue dans la procédure d'annulation de la sentence (vid. article 41.2 LA).

f) Le déclinatoire et l'exception partagent le même régime de recours, qui dépend dans les deux cas du sens de la résolution.

3^{ème}) Du point de vue de la cohérence du système processuel en matière d'arbitrage, si l'initiative législative prospère sur ce point, il se produira une duplicité dans le traitement processuel de la soumission à l'arbitrage : d'une part, celui du droit interne (moyennant exception processuelle opposée avant ou pendant la réponse à la demande) et d'autre part, celui de la *Convention Européenne sur l'Arbitrage Commercial International* fait à Genève le 21 avril 1961 (Instrument de ratification du 5 mars 1975), qui dans son article 6.1 (*compétence des tribunaux judiciaires étatiques*) dispose que :

« Toute exception ou déclinatoire pour incompetence du tribunal étatique basée sur l'existence d'un accord ou un compromis arbitral et intentée devant le tribunal étatique devant lequel l'affaire a été promue par l'une des parties de l'accord ou du compromis arbitral, devra être opposée par le défendeur, sous peine de perte de droits par expiration du délai, *avant ou en*



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

même temps que la présentation de leurs prétentions ou allégations quant au fond, selon que la Loi du pays du tribunal considère une telle exception ou déclinatoire comme une question de droit processuel ou substantif . »

Il ressort de cette rédaction que la considération de la soumission à un arbitrage comme question de droit processuel ou substantif selon la loi nationale, déterminera qu'elle soit présentée, respectivement, soit avant, soit en même temps que la présentation d'allégations de fond. Alors que dans notre droit, la soumission à l'arbitrage est une question éminemment processuelle, qui exclut la connaissance de l'affaire par les Tribunaux de Justice, dans le régime conventionnel européen d'arbitrage commercial, la possibilité de présenter cette question ne peut se faire à un autre moment qu'avant la réponse à la demande. Cette prévision ne se trouve pas compatible avec la réforme qui admet que l'exception peut être opposée à deux moments : avant ou lors de la réponse à la demande.

B) *Annulation de la sentence*

L'Avant-projet dans son article 9 (*instruction de l'action d'annulation*) modifie l'article 42.1 LA dans ces termes :

« 1. L'action d'annulation sera instruite par les voies de la procédure orale, sauf en ce qui concerne la tenue de l'audience. Le juge citera uniquement pour l'audience lorsque les parties l'auraient sollicité dans leurs demandes, celles-ci étant accompagnée des documents justificatifs de la convention arbitrale et de la sentence, et la réponse ainsi que la déclaration préalable de la pertinence des moyens de preuve annoncés. Si ce n'est pas le cas, il devra dicter une décision sans autres formalités. »



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

La procédure pour instruire l'action d'annulation est celui de la procédure orale, avec les spécialités suivantes :

- Demande de procédure ordinaire (article 339 LPC), accompagnée des documents justificatifs de la convention arbitrale et de la sentence et, le cas échéant, avec une proposition de preuve.

- Communication de la demande au défendeur par décision du greffier, afin qu'il réponde dans le délai de 20 jours.

- Réponse du défendeur par une proposition de preuve.

- Citation des parties à l'audience par le greffier, dans laquelle l'acteur pourra proposer l'administration des preuves en relation avec ce qui a été allégué par le défendeur dans sa réponse.

À part l'option pour la demande ordinaire au lieu de la demande succincte de la procédure orale, la réglementation actuelle substitue l'audience comme moment pour la réponse à la demande, par des plaidoiries préalables à la tenue de l'audience incluant la réponse du défendeur.

Pour le Mémoire accompagnant l'Avant-projet, la réforme à pour objet de simplifier l'instruction de l'action d'annulation. La nouvelle rédaction de l'article 42.1 est la suivante :

« 1. L'action d'annulation sera instruite par les voies de la procédure orale, sauf en ce qui concerne la tenue de l'audience. Le juge citera uniquement pour l'audience lorsque les parties l'auraient sollicité dans leurs demandes, celles-ci étant accompagnée des documents justificatifs de la convention arbitrale, de la sentence et la réponse ainsi que la déclaration préalable de la



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

pertinence des moyens de preuve annoncés. Si ce n'est pas le cas, il devra dicter une décision sans autres formalités. »

Avec la réglementation que propose l'Avant-projet, la plaidoirie initiale, y compris la réponse à la demande avant l'audience, n'est pas formulée de manière nette, en tant que particularité de l'instruction de la procédure orale, comme cela est, en revanche le cas lorsque l'on traite de l'exception lors de la tenue de l'audience de jugement orale lorsque les parties l'auraient ainsi sollicité dans leurs prétentions respectives, lesquelles, d'après la rédaction du précepte, devront être présentées préalablement à l'audience. Comme l'on ne prévoit pas la durée du délai pour répondre à la demande, l'on devra appliquer le délai de 20 jours de la procédure ordinaire.

Une autre question engendrée par la nouvelle rédaction est de savoir si la demande de décision sans audience doit être commune à toutes les parties ou, au contraire, il est suffisant qu'une seule d'entre elles le sollicite. D'après le texte, il ressort que l'audience devra être sollicitée par toutes les parties et qu'en cas contraire, la décision sera dictée sans autres formalités. Néanmoins, si c'est le cas et que l'audience ne se tenait pas, l'*acteur* n'aura pas eu l'opportunité de se prononcer concernant les allégations du défendeur.

Enfin, la réforme ne tient pas compte du fait qu'à partir de l'entrée en vigueur de la *Loi 13/2009*, dans les normes processuelles – y compris l'article 42.1 LA, concerné par cette Loi – la citation revient expressément au greffier et non au juge qui sera, en revanche, celui qui adoptera la résolution avant de tenir l'audience.

C) *Incontestabilité des décisions sur la reconnaissance des résolutions arbitrales*



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

étrangères

La disposition finale première de l'Avant-projet, qui modifie l'article 955 LPC 1881, exclut dans le paragraphe troisième de cet article, la possibilité de contestation des résolutions arbitrales dictées par les Chambres Civile et Pénale des Tribunaux Supérieurs de Justice en matière de reconnaissance de résolutions arbitrales étrangères. Cette prévision est en accord tant avec le paragraphe 2^{ème} de l'article 956 de la même Loi, relative à l'impossibilité de contestation de l'arrêt résolutoire de l'exéquatur de décision étrangères, qu'avec le renvoi de l'article 42.6 à la procédure instaurée dans l'ordonnancement processuel civil pour celui des décisions dictées par des Tribunaux Étrangers en ce qui concerne l'*instruction de la procédure* (articles 951 à 958 LPC 1881).

2.1.2. Procédure contentieux-administrative

A) Procédure déclarative

La réforme de l'article 77 LJC-A concerne les alinéas 1 et 2 – et non l'alinéa 3, qui se maintient sans changements -, le texte projeté étant le suivant :

« Article 77.

1. Dans les procédures en première et unique instance, le Juge ou le Tribunal, d'office ou à la demande d'une des parties, une fois la demande et la réponse formulées, soumettra à la considération des parties, la reconnaissance de faits ou de documents, ainsi que la possibilité d'arriver à un accord qui mettrait fin à la controverse, lorsque le jugement serait promu autour de matières susceptibles de transaction et, en particulier, lorsqu'il porterait sur



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

l'estimation d'un montant. Dans cette hypothèse, le Juge ou le Tribunal pourra imposer aux parties la soumission à la médiation conformément à la législation réglementant la médiation.

Les représentants des Administrations publiques demandées nécessiteront l'autorisation opportune pour mener à bien la transaction, conformément aux normes qui réglementent la disposition de l'action par ces derniers.

2. La tentative de conciliation ou de médiation, tant qu'elle sera sujette à la procédure prévue par la loi ou, le cas échéant, lorsque toutes les parties présentes le solliciteraient, suspendra le cours des procédures, à la fin de laquelle les parties informeront le tribunal du résultat de la procédure qu'ils auraient suivi. Même si le procès reprenait, le tribunal admettra l'accord conclu ultérieurement tant qu'il aurait eu lieu à n'importe quel moment antérieur au jour auquel la procédure aura été déclarée close avant le prononcé du jugement.

3. Si les parties arrivaient à un accord qui impliquerait la disparition de la controverse, le Juge ou le Tribunal dictera un arrêt déclarant la procédure terminée, tant que ce qui a été décidé ne serait pas manifestement contraire à l'ordonnement juridique, ni préjudiciable pour l'intérêt public ou pour des tiers. »

Face à cette rédaction, il convient de faire les remarques suivantes :

a) Dans un premier temps *facultative* (« pourra soumettre » dans la rédaction actuelle) du Juge ou du Tribunal, la mise en considération des parties devient obligatoire : tant la reconnaissance de faits ou de documents, que la possibilité d'arriver à un accord qui



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

mettrait fin à la controverse, lorsque le jugement serait promu autour de matières susceptibles de transaction et, en particulier, lorsqu'il porterait sur l'estimation d'un montant.

Cela se traduit par une démarche obligatoire à double finalité : (1) rapprocher les positions des parties moyennant la reconnaissance de faits ou de documents, ainsi qu'ajuster au maximum les termes factuels de la controverse et limiter l'administration de la preuve aux sujets controversés ; et (2) permettre un accord extraprocessuel qui mettrait fin à la controverse lorsqu'il s'agirait de matières susceptibles de transaction.

L'Avant-projet ne détermine pas la manière dont cette formalité de mise en considération des parties est réalisée. Il semble que par analogie avec la formalité similaire de l'audience préalable au jugement de la procédure civile (article 415 LPC, d'après la rédaction conforme à l'Avant-projet LM), le plus convenable serait qu'une comparution judiciaire ait lieu avec l'assistance de toutes les parties.

b) Néanmoins, la faculté reconnue aux parties d'arriver à un accord – ce à quoi l'on vient de faire référence-, peut se transformer en *assujettissement obligatoire à la médiation* par décision judiciaire si la matière susceptible de transaction portait sur l'estimation d'un montant. C'est-à-dire que le tribunal pourra imposer aux parties que la question soit soumise à la médiation « conformément à la législation réglementant la médiation ».

Il en résulte une situation opposée à celle de l'arbitrage : comme l'a indiqué la meilleure doctrine, la sentence arbitrale est le résultat de la liberté des adversaires, non de leur assujettissement parce que, bien que le résultat ne soit pas, pour eux, libre *in effectu*, il a été libre *in causa* et a, par conséquent, la force d'obliger, parce qu'ils ont



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

voulu qu'on les oblige. Au contraire, nous ajoutons, dans la médiation obligatoire, le résultat sera libre *in effectiu* si les parties dans la médiation, adoptent un accord par leur propre volonté, bien que la médiation n'aurait pas été libre *in causa*, mais imposée par le Tribunal.

Ce renvoi à la législation en matière de médiation doit être considéré comme un renvoi à la Loi résultant, le cas échéant, de l'Avant-projet LM, qui « incorpore au Droit espagnol la Directive 2008/52/CE, du Parlement Européen et du Conseil, du 21 mai 2008, sur certains des aspects de la médiation en affaires civiles et commerciales » (*vid.* son EM II et sa disposition finale cinquième). Ce double renvoi à la norme interne et à l'Union Européenne présente certaines questions :

1^{ère}) Tant l'Avant-projet LM que la Directive 2008/52/CE, étend son cadre d'application aux affaires civiles ou commerciales, à la différence que la Directive ajoute aux matières exclues, les affaires fiscales, douanières ou administratives et à la responsabilité de l'État pour des actes ou des omissions dans l'exercice de son autorité souveraine (*acta iure imperii*) (article 1.2), des matières auxquelles l'article 2.2 de l'Avant-projet ne fait pas allusion, bien que cette exclusion soit implicite dans son cadre positif d'application. Par conséquent, le renvoi de la LJC-A à la législation en matière de médiation, sans plus de précisions, signifie l'application d'un régime juridique qui, en principe, ne régit pas pour les controverses fiscales, douanières ou administratives.

2^{ème}) par rapport à ce qui précède, le renvoi à l'Avant-projet LM par l'article 77 LJC-A n'indique pas clairement si c'est à la partie substantive de la médiation (comme celle relative aux principes informateurs et au statut des médiateurs), à la procédure de médiation, à leurs effets, à toutes ou certaines de ces matières.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

3^{ème}) La *médiation obligatoire* est possible aussi bien dans l'Avant-projet LM que dans la Directive 2008/52/CE. Le premier l'admet dans l'article 7 :

« La soumission à la médiation est volontaire, sans préjudice du caractère obligatoire de son ouverture lorsque cette loi ou la législation processuelle le prévoirait. Personne n'est obligé de conclure un accord, ni de se maintenir dans la procédure de médiation. »

Quant à la Directive 2008/52/CE, après avoir proclamé dans l'attendu 13 que la médiation doit être une procédure volontaire, elle inclut la spontanéité comme élément définitoire de la médiation dans l'article 3.a) ; néanmoins, l'attendu 14 déclare que

« Rien de ce qui est stipulé dans la présente Directive ne doit affecter la législation nationale qui rendrait obligatoire l'utilisation de la médiation ou qui la soumettrait à des mesures d'incitation ou à des sanctions, tant que cette législation n'empêche pas l'exercice du droit d'accès au système judiciaire des parties. »

N'ayant, en principe, pas d'obstacles normatifs pour la médiation obligatoire, il convient de reconsidérer l'opportunité d'introduire la médiation de manière obligatoire dans le procès contentieux-administratif, étant donné que la controverse qui est arrivée à hauteur d'une procédure judiciaire, est déjà précédée par une procédure administrative, dans laquelle s'est maintenue une situation de conflit qui se prolonge après son achèvement, une fois épuisées les possibilités de contestation et d'adoption d'accords qu'offre la voie administrative. Dans ces circonstances, il peut s'avérer difficile qu'une fois la question posée devant les tribunaux, l'on arrive à un accord qui



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

mettrait fin à la controverse comme résultat d'une médiation obligatoire.

Les problèmes supplémentaires que suppose cette médiation obligatoire sont, d'une part, les retards qu'elle peut provoquer si elle n'est pas menée à bonne fin et, par ailleurs, la répercussion sur les coûts et la manière de les financer, avec un renvoi à ce sujet, à ce qui est affirmé dans le Rapport de ce Conseil à l'Avant-projet LM.

c) Concernant la *suspension de la procédure judiciaire* comme conséquence de la tentative de conciliation ou de médiation, l'alinéa 2 de l'article 77 LJC-A projeté stipule que « [l]a tentative de conciliation ou de médiation, tant qu'elle est soumise à la procédure prévue par la loi ou, le cas échéant, lorsque toutes les parties présentes le sollicitaient, suspendra le cours des procédures (...) ».

L'Avant-projet modifie la réglementation actuelle, dans laquelle la tentative de conciliation ne suspend pas le cours des procédures sauf si toutes les parties le sollicitaient.

De cette modification peuvent jaillir de sérieux problèmes pour l'interprète : en premier lieu, déterminer si le renvoi à l'application de la loi, qui conditionne la suspension, se réfère uniquement à la médiation ou s'il inclut également la tentative de conciliation, surtout en tenant compte du fait que la conciliation n'est pas réglementée dans la LJC-A ; dans un second temps, la phrase « tant que (la tentative de conciliation ou la médiation) elle est soumise à la procédure prévue par la loi », comme l'un des éléments déterminants de la suspension, est une formule qui ne concrétise pas les actes qui provoquent la suspension, celle-ci étant excessivement ouverte et liée à un phénomène qui se développe dans le temps, comme l'est l'assujettissement à la « procédure prévue par la loi ».



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

Par ailleurs, il est difficile de comprendre l'alternative que présente l'Avant-projet quant à la suspension du cours des procédures judiciaires : même si la tentative de conciliation ou de médiation s'ajustait à la procédure prévue par la loi, même si, le cas échéant, toutes les parties le sollicitaient. Toutes les parties auront beau solliciter une tentative de conciliation ou de médiation, il est discutable que cette tentative ne s'ajustant pas à la loi, puisse provoquer la suspension de la procédure pour que les parties arrivent à un accord.

Quant à la durée de la suspension, étant donné qu'il manque une prévision générale de la suspension de procédures dans la LJC-A, ainsi qu'une prévision spécifique pour l'hypothèse de médiation, il faudra appliquer à titre supplétif la LPC. L'article 415.1 de cette Loi – dans la rédaction d'après l'Avant-projet LM- renvoie pour le cas où les parties demanderaient la suspension du procès pour se soumettre à une médiation ou un arbitrage, à l'article 19.4 LPC, en vertu duquel la suspension du procès sera décidée par le Greffier moyennant un décret, tant qu'il ne porte pas préjudice à l'intérêt général ou à des tiers et que le délai de la suspension ne dépasse pas les soixante jours.

Néanmoins, le régime de reprise du procès diffère dans la LPC et dans la LJC-A : l'article 415.3 LPC, dans la nouvelle rédaction projetée, impose aux parties le rôle de solliciter que la suspension soit levée et de fixer une date pour la continuation de l'audience préalable au jugement ; en revanche, l'article 77.2 LJC-A, conformément à l'Avant-projet, impose aux parties le devoir d'informer (« les parties informeront ») le tribunal du résultat de la médiation. L'on considère que cette communication est à l'effet de la reprise du procès.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

Comme observation à caractère syntactique, l'expression « dont la fin » à comme référant « le cours des procédures » judiciaires suspendues, alors que le plus approprié serait d'employer une expression qui ferait référence à la procédure de conciliation ou de médiation, qui est ce qui détermine la fin de la suspension et la reprise de la procédure judiciaire.

Enfin, pour renforcer les effets bénéfiques que cette médiation peut produire sur la diminution de la charge de travail des Tribunaux et sur la durée des procès, l'on suggère que la médiation soit envisagée *a limine*, préalablement à la phase de prétentions initiales ; c'est-à-dire, que le Tribunal pourrait soumettre la question litigieuse à la médiation à un moment ultérieur à l'interposition du recours contentieux-administratif et antérieur à la formalisation de la demande.

B) *Procédure d'exécution*

L'alinéa 2 de la disposition finale troisième ajoute un nouvel alinéa 7 à l'article 106 LJC-A, consacré à la procédure d'exécution de condamnations pécuniaires liquides imposées à l'Administration. La modification élargit ce type d'exécution aux hypothèses selon lesquelles « le crédit face à l'Administration se reconnaîtrait dans un accord conclu d'après ce qui est stipulé à l'article 77 – conciliation et médiation – ou aurait été imposé par une sentence arbitrale ». L'on poursuit par conséquent pour la satisfaction de ces crédits tant l'exécution volontaire et d'office par la propre Administration condamnée au paiement (article 106.1 LJC-A), que l'exécution forcée sollicitée à l'organe judiciaire (article 106.3 LJC-A).

Cette nouveauté produit ce qui suit :



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

1^{er}) Par rapport à la *médiation*, l'on pourra solliciter l'exécution forcée au tribunal qui aura dicté l'arrêt déclarant la fin de la procédure, les parties étant arrivés « à un accord qui implique la disparition de la controverse » (article 77.3 LJC-A). Comme l'on le verra plus loin au moment de traiter des effets de cet accord, l'on considère que l'article 77.3 LJC-A envisage une hypothèse d'homologation judiciaire que crée le titre exécutoire.

2^{ème}) Concernant l'*arbitrage*, il n'existe pas de prévision dans la LJC-A – ni dans l'article 77 projeté, qui se réfère à *accord* et à *tentative de conciliation ou de médiation* -, c'est pourquoi l'article 1.3 LA serait applicable, celui-ci stipulant l'application supplétoire de cette Loi aux arbitrages prévus dans d'autres lois. Néanmoins, la norme d'attribution qui indique que l'organe objectivement et territorialement compétent pour l'exécution forcée de la sentence, applicable par la règle de supplétivité, désigne le Tribunal de Première Instance du lieu où aurait été dictée la sentence. Par conséquent, la réforme devrait déterminer l'organe de l'ordre contentieux-administratif objectivement et territorialement compétent à l'effet de l'exécution forcée de la sentence arbitrale dans laquelle l'Administration aurait été une partie condamnée au paiement d'un montant d'argent liquide.

2.2. PROCÉDURE ARBITRALE

Comme il a été exposé *supra* en examinant l'annulation de la sentence, l'article 7 de l'avant-projet introduit à l'article 40 LA une formalité préalable à l'exercice de l'action de nullité par outrepassement partiel de la sentence, consistant à adresser à l'arbitre une demande afin qu'il corrige l'excès.

La procédure est ouverte par les parties moyennant une sollicitude à l'arbitre



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

dans les trois jours suivant la notification de la sentence. Ensuite, l'arbitre enverra la demande aux autres parties dans un délai de deux jours, en leur accordant trois autres jours pour les prétentions. L'arbitre devra statuer dans le délai de trois jours.

Cette réglementation diffère de celle de l'incident pour compléter la sentence dans les hypothèses d'omission de statuer (article 39.1.c LA) par la durée des délais pour solliciter le complément de la sentence et pour statuer ; par l'inexistence de formalité d'audience pour la contrepartie ; et par l'augmentation de la durée des délais dans le cas de l'arbitrage international (l'EM VII L justifie cette dernière différence du fait que dans l'arbitrage international « il peut arriver que les difficultés de délibération des arbitres dans un même lieu soient plus importantes »).

Il ne semble pas qu'il faille donner un traitement procédural différent en fonction du type d'incohérence, c'est pourquoi les deux régimes devraient être unifiés en un seul qui sauvegarderait l'audience des autres parties et la célérité de l'arbitrage, bien qu'en reconnaissant les particularités de l'arbitrage international.

2.3. PROCÉDURE ADMINISTRATIVE ARBITRALE DEVANT LA COMMISSION DÉLÉGUÉE POUR LA RÉOLUTION DE CONTROVERSE ADMINISTRATIVES

Comme toute la matière qui concerne l'arbitrage administratif, la procédure arbitrale est réglementée dans la nouvelle disposition additionnelle deuxième que l'article 11 de l'Avant-projet ajoute à la LA.

Une fois qu'une controverse est présentée, les parties confrontées le feront immédiatement savoir à la Commission, qui demandera les rapports techniques et juridiques qu'elle estimera nécessaire pour la meilleure connaissance de la question



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

dé battue.

Après la proposition de décision élaborée par le Secrétariat de la Commission, cette dernière dictera une résolution instaurant les mesures que chacune des parties devra adopter pour résoudre la controverse. Ici, l'on appliquera le devoir de motivation qu'impose de manière générale l'article 54.1.b) LRJ-PAC] aux actes résolutives, avec une référence succincte aux faits et aux fondements de droit.

La résolution de la Commission Déléguée « ne sera pas appellable devant les Tribunaux de Justice par les parties en conflit », dernière incise qui présente l'inconnue qui consiste à savoir si elle pourra être contestée par des tiers qui invoqueraient un intérêt légitime. Mais, le plus important est que cela se traduit par une addition à la liste des actes exclus de la connaissance de la juridiction contentieux-administrative, mais sans modifier l'article 3 LJC-A ; de nouveau, l'on emploie un véhicule normatif impropre – la LA- pour réglementer une matière propre à une loi de nature différente.

La possibilité d'envisager un recours judiciaire va certainement à l'encontre du principe d'impossibilité d'intenter un recours des résolutions arbitrales, mais l'ajustement de cette exclusion du contrôle juridictionnel avec l'article 106.1 de la Constitution s'avèrera problématique, d'après lequel « *[I]es Tribunaux contrôlent le pouvoir réglementaire et la légalité de l'opération administrative, ainsi que la soumission de celle-ci aux fins qui la justifient* ». Ce précepte exprime une « réserve de juridiction » quant au contrôle du pouvoir réglementaire et de l'opération administrative, qui semble fixer de manière incontestable, la position de soumission de l'Administration aux Tribunaux, sans alternative possible, du moins lorsque celle-ci agirait conformément au principe de légalité. La soumission de l'Administration au contrôle juridictionnel peut être qualifiée de garantie propre à un système institué pour



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

contrôler l'activité de l'Administration, produit d'une lutte séculaire par le contrôle judiciaire et l'exclusion de facultés juridictionnelles de l'Administration. Ce que la Constitution proscriit est que l'Administration détienne, à travers des organes dépendants, des parcelles de « justice retenue », hors de contrôle judiciaire.

Néanmoins, il faut également reconnaître que l'impossibilité d'intenter un recours contre une résolution administrative arbitrale n'est pas une nouveauté dans notre Droit : la disposition additionnelle première LJC-A (*Territoires Historiques et Commission Arbitrale du Pays Basque*) stipule dans son alinéa 2 que « [l]a connaissance des décisions ou des résolutions dictées par la Commission Arbitrale à laquelle fait référence l'article 39 du Statut d'Autonomie du Pays Basque ne revient pas à la Juridiction Contentieux-Administrative », qui sont les *conflits de compétence* qui peut être suscités entre les Institutions de la Communauté Autonome et celles de chacun de leurs Territoires Historiques qui se soumettent à la décision d'une commission arbitrale (cfr. la *Loi du Parlement Basque 13/1994, du 30 juin, réglementant la Commission Arbitrale*).

Dans tous les cas, l'on devrait éclaircir si l'impossibilité d'interposer un recours comporte, en outre, l'exclusion de l'exercice des actions autonomes de nullité et de révision de la sentence, ainsi que s'il convient d'avoir recours à la révision d'office dans les termes de la LRJ-PAC

3. Effets.

3.1. ARBITRAGE



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

3.1.1 Arbitrage sociétaire

La disposition finale deuxième de l'Avant-projet modifie l'article 122 LSA, pour élargir aux sentences arbitrales déclaratives de nullité d'accords sociétaires inscriptibles, les mêmes effets d'enregistrement que les sentences à contenu identique.

Ainsi :

- La sentence qui déclarerait la nullité d'un accord inscriptible devra s'inscrire auprès du Registre du Commerce, dont un extrait sera publié au « Bulletin Officiel du Registre du Commerce ».

- La sentence déterminera l'annulation de l'inscription de l'accord annulé s'il était inscrit auprès du Registre du Commerce, ainsi que celle des inscriptions ultérieures qui s'avèreraient contradictoires.

La rédaction de cet article présentait une inconnue qui devrait être éclaircie : si la sentence inscriptible doit être déposée au rang des minutes du notaire ou pas – possibilité prévue de manière générale par l'article 37.8 LA – pour accéder au Registre du Commerce. Dans le cas de figure où elle ne serait pas nécessaire, l'insertion au répertoire risque de comparer la sentence à la décision judiciaire, c'est pourquoi le document dans lequel celui-là figurerait serait suffisant pour son inscription. Ceci pourrait être contesté par le fait que concernant la décision judiciaire, les titres inscriptibles sont les mandats ou les attestations délivrés par le Greffier en sa qualité de notaire certificateur, ce qui ne se produit pas avec la sentence arbitrale. En second lieu, les dispositions se trouvent sur des actes inscriptibles : l'article 18.1 Cco stipule que l'inscription auprès du Registre du Commerce sera réalisée en vertu d'un document public et qu'elle pourra être réalisée uniquement en vertu du document privé



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

dans les cas expressément prévus par les Lois et le Règlement du Registre du Commerce. Pour sa part, ce Règlement assoit comme principe concernant les titres inscriptibles, que les actes modificatifs du contenu des inscriptions soient réalisés en vertu du document de classe égale à celui qui est demandé pour l'inscription de l'acte qui est modifié ; c'est pourquoi si l'accord inscrit annulé par la sentence figurait dans un document notarié, la sentence devrait également être insérée au rang des minutes du notaire pour son inscription.

3.1.2. Arbitrage administratif

La nouvelle disposition additionnelle deuxième, alinéa 4, LA, instaure le caractère inaliénable pour les parties de la résolution qui établirait les mesures que chacune d'elles devrait adopter pour résoudre le conflit ou la controverse présentés.

La question qui reste expressément sans réponse et d'une grande importance, est celle du caractère exécutoire des résolutions administratives qui auraient donné lieu à la controverse et à leur possible suspension dans le cadre de la procédure arbitrale.

3.2. MÉDIATION DANS LA PROCÉDURE CONTENTIEUX-ADMINISTRATIVE

L'Avant-projet modifie l'article 77 LJC-A pour introduire la médiation extraprocédurale à la procédure ordinaire, mais sans affecter la teneur de son alinéa 3 :

« Si les parties arrivaient à un accord qui impliquait la disparition de la controverse, le Juge ou le Tribunal dictera un arrêt déclarant la procédure



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

terminée, tant que ce qui est décidé ne serait manifestement pas contraire à l'ordonnement juridique, ni préjudiciable à l'intérêt public ou à des tiers. »

Cela signifie que le tribunal contentieux-administratif qui instruit la procédure dans le cadre duquel se produit l'« accord impliquant la disparition de la controverse », dicterait un « arrêt déclarant la procédure terminée, tant que ce qui est décidé ne serait manifestement pas contraire à l'ordonnement juridique, ni préjudiciable à l'intérêt public ou à des tiers ». La Chambre Contentieux-Administrative du Tribunal Suprême, dans son Arrêt du 23 novembre 2001, déclare que dans la transaction judiciaire, en tant que moyen de mettre fin à la procédure dans l'article 77 LJC-A, la convention conclue par les plaideurs doit être homologuée par l'organe juridictionnel, ce pourquoi l'une des conditions nécessaires est qu'elle ne soit manifestement pas contraire à l'ordonnement juridique, ni préjudiciable à l'intérêt public, ni à des tiers. Par conséquent, il faudra considérer que l'accord de médiation, bien qu'extrajudiciaire, requerra l'homologation du tribunal contentieux-administratif, ce qui reste conforme à ce qui est stipulé à l'article 30.2 de l'Avant-projet LM, en vertu duquel si l'accord avait été conclu lors d'une médiation menée à bien après avoir initié une procédure judiciaire, les parties pourraient demander au tribunal son homologation moyennant un arrêt.

Il arrive, néanmoins, que ce point ne soit pas important si l'Avant-projet LM prospérait, puisque l'accord de médiation, que ce soit dans le cadre d'une procédure judiciaire ou non et qu'il soit homologué ou pas judiciairement, est dans tous les cas, de la même manière que la sentence arbitrale, un *titre exécutoire assimilé au titre exécutoire judiciaire* conformément à l'article 517.2.2^{ème} LPC – dans la rédaction donnée par l'Avant-projet LM – en relation avec les articles 518 – également concerné par cette réforme -, 520 et les dispositions combinées de la LPC.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

3.3. PROCÉDURE D'APUREMENT COLLECTIF DES DETTES

Dans le point relatif à l'alinéa deux de la disposition finale cinquième de l'avant-projet, modifiant l'article 52.1 LAC en ce qui concerne la validité et l'efficacité des accords sur la médiation et les conventions arbitrales après la déclaration d'apurement collectif, nous renvoyons à ce qui a été exposé à l'alinéa des *remarques générales*.

IV CONCLUSIONS

Les conclusions qui suivent n'incluent pas toutes et chacune des matières analysées dans le présent rapport, mais elles se rapportent à celles qui ont une relation plus importante avec l'exercice de la fonction juridictionnelle.

1. Réorganisation de la compétence des organes juridictionnels

L'Avant-projet, conformément à l'Avant-projet pour la modification de la Loi Organique du Pouvoir Judiciaire – instruit simultanément avec le présent avant-projet et celui de Médiation des Affaires Civiles et Commerciales -, modifie la Loi d'Arbitrage et la Loi de Procédure Civile de 1881, en ce qui concerne les compétences des différents tribunaux de l'ordre civil.

1.1. L'on attribue aux Chambres Civile et Pénale des Tribunaux Supérieurs de Justice la compétence dans les fonctions de soutien et de contrôle judiciaire de



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

l'arbitrage, qui sont actuellement localisées, dépendant de la fonction, au niveau des Tribunaux de Première Instance, des Tribunaux du Commerce, des Cours d'Appel et de la Chambre Civile du Tribunal Suprême. L'on n'a pas opté pour une redistribution complète des compétences comprenant d'autres procédures de soutien à l'arbitrage, telle que l'exécution forcée de la sentence. Il n'est pas prévu que l'extension du cadre de compétences de ces Chambres suppose une augmentation significative du volume d'affaires desquelles elles connaîtraient, ni n'entraîne un désengorgement corrélatif pour celles qui sont actuellement compétentes.

1.2. La dérogation par l'Avant-projet pour la modification de la Loi Organique du Pouvoir Judiciaire de l'article 86 ter.2.g) de cette Loi, en vertu de laquelle les **Tribunaux du Commerce** connaissent des affaires attribuées aux Tribunaux de Première Instance dans l'article 8 de la Loi d'Arbitrage, lorsqu'elles concernent des matières de nature commerciale, déterminera les **fonctions de soutien et de contrôle de l'arbitrage** qui ne sont pas concernées par la réattribution de compétences en faveur des Chambres Civile et Pénale des Tribunaux Supérieurs de Justice et qui, pour cela resteraient localisées au niveau des Tribunaux Supérieurs de Justice, relèveront de la compétence de ces organes bien qu'il s'agisse de matières de nature commerciale.

1.3. Dans la **reconnaissance et l'exécution d'accords de médiation étrangers**, la compétence objective est attribuée en exclusivité aux Tribunaux de Première Instance (article 85.6 LOPJ), à l'exclusion des **Tribunaux du Commerce** dans les matières propres à leur cadre de cognition, contrairement à leur compétence pour la reconnaissance et l'exécution des résolutions judiciaires étrangères et d'exécution des résolutions arbitrales étrangères.

2. Modifications relatives à la procédure civile



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

2.1. La réforme des articles 11 de la Loi d'Arbitrage et 39, 65.2 et 66.1 de la Loi de Procédure Civile donnent un **nouveau traitement processuel à la soumission à l'arbitrage**. L'exception d'arbitrage est réglemantée positivement et l'on supprime toute référence à l'arbitrage dans le déclinatoire par défaut de juridiction. L'exception processuelle d'arbitrage pourra être opposée avant ou avec la réponse à la demande, en procédant à la suspension du jugement et à la tenue d'une comparution pour résoudre l'exception.

Comme la réforme parle de **suspension du « jugement »** après l'opposition de l'exception, il faudrait reconsidérer l'utilisation de ce terme et le remplacer par « procédure », « cours des procédures » ou expression similaire, puisque techniquement le *jugement* se situe dans la phase finale du Jugement Ordinaire, préalable à la formalité de décision, alors que la démarche similaire dans la Procédure Verbale est appelée « audience de jugement », c'est pourquoi si une fois l'exception opposée, il fallait attendre un moment processuel aussi avancé pour décider de la suspension de la procédure, cela briserait la logique de la réforme.

Pour l'hypothèse selon laquelle **le défendeur se limiterait à opposer l'exception d'arbitrage sans répondre à la demande de manière simultanée**, et que le rejet de l'exception se produisait, la réforme ne prévoit pas de démarche spécifique pour que le défendeur puisse répondre.

Quant aux **Procédures Orales**, la possibilité d'opposer l'exception avec la réponse à la demande signifie que l'opposition de l'exception et sa résolution se réfèrent à un moment processuellement avancé, comme dans le cas de l'audience, sans compter que celle-ci devra être suspendue pour résoudre l'incident, c'est pourquoi l'exception d'arbitrage reçoit un traitement de durée plus importante que le reste des exceptions processuelles qui sont résolues lors de la même audience.

Finalement, d'un point de vue de technique législative, il semble incorrect que le



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

traitement d'une exception qui va être opposée et instruite dans une procédure civile **ne soit pas réglementé dans la Loi de Procédure civile** – qui n'envisage pas ce régime pour le traitement des questions processuelles -, mais qu'il faille le chercher dans un corps légal consacré à l'arbitrage.

2.2. La modification de l'article 40 de la Loi d'Arbitrage introduit dans la procédure arbitrale un **incident** devant l'**arbitre, préalablement à l'exercice de l'action d'annulation**, lorsqu'il aurait pour cause l'outrepassement partiel **de la sentence** (hypothèses d'incohérence *ultra petitum* et *extra petitum*), afin que l'on corrige l'excès au niveau arbitral. Cet incident est articulé sans préjudice de celui prévu par l'article 30 de la même Loi pour l'hypothèse d'omission de statuer.

2.3. Concernant les **causes de nullité de la sentence**, l'on modifie l'article 41.1.f) de la Loi d'Arbitrage pour instaurer que la sentence **manifestement contraire à l'ordre public** sera nulle. Ce qui est « manifeste » est une qualité ajoutée à la propre infraction de l'ordre public, à laquelle rien n'est apporté au niveau qualitatif qui pourrait avoir une influence sur sa moindre gravité ou sa gravité plus importante, mais cela concerne une simple circonstance, comme c'est le cas de la clarté et de l'évidence avec laquelle l'infraction s'est déroulée à l'extérieur. De cette manière, il convient de demander si le blindage juridique des sentences arbitrales qui seraient contraires à l'ordre public, mais pas de manière manifeste, est bien choisi. L'opposition à l'ordre public constitue une cause de nullité d'importante envergure qui ne doit pas subordonner un accident, tel que la clarté ou l'évidence avec laquelle est se manifesterait, en donnant la suprématie à un facteur secondaire.

Par ailleurs, cette modification ne s'ajusterait pas aux autres textes en la matière : la Loi Modèle du 21 juin 1985, sur l'Arbitrage Commercial International, qui constitue le principal critère inspirateur de la Loi d'Arbitrage prévoit comme cause de nullité de la sentence arbitrale appréciable d'office, que la sentence soit contraire à



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

l'ordre public de l'État ; et circonscrit à l'arbitrage international, la Convention de New-York du 10 juin 1958 prévoit comme cause de rejet de la reconnaissance et de l'exécution d'une sentence arbitrale, que ces dernières soient contraires à l'ordre public.

2.4. La procédure judiciaire d'annulation de sentences arbitrales est la procédure orale avec des spécialités. L'une d'entre elles est que la **tenue de l'audience** doit être sollicitée par toutes les parties et que, dans le cas contraire, une décision sera dictée sans d'autres démarches ; par conséquent, si l'audience ne se tient pas, l'acteur n'aura pas eu l'opportunité de se prononcer sur les prétentions du défendeur.

2.5. L'arbitrage sociétaire est réglementé par la Loi des Sociétés anonymes, au niveau de la **contestation d'accords sociaux**, comme instrument alternatif au procès juridictionnel spécial pour la résolution de ce type de conflits. L'inclusion de la **clause d'engagement dans les statuts sociaux** est une condition requise. Cet arbitrage ne constitue pas une nouveauté complète dans le domaine normatif, puisque l'on trouve des précédents dans le Règlement du Registre du Commerce, la Loi de Coopératives ou la Loi de sociétés professionnelles.

La question de savoir **si ces clauses obligent les tiers** qui accèdent un intérêt légitime, constitue un thème controversé à résoudre normativement, ce qui dans un tel cas les empêcherait de présenter une procédure judiciaire sur des questions soumises à l'arbitrage sociétaire dans les statuts sociaux.

3. Modifications relatives à la procédure d'apurement collectif des dettes

3.1. En ce qui concerne la relation de la médiation et l'arbitrage avec la



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

procédure d'apurement collectif, la réforme de l'article 52.1 de la Loi de Procédure d'apurement collectif change diamétralement la règle de validité et d'efficacité des conventions arbitrales souscrites par le failli, lorsqu'elles n'auraient pas donné lieu à une procédure arbitrale qui se trouverait en cours d'instruction lorsque l'apurement collectif aurait été déclaré : dans l'hypothèse où la validité et l'efficacité de la convention arbitrale serait rejetée pendant la durée de l'apurement collectif, celle-ci ne se verrait plus concernée par la déclaration de l'apurement collectif (de la même manière que les accords de médiation). L'**indemnité des conventions arbitrales** aura pour conséquence que les arbitrages initiés ultérieurement à la déclaration de l'apurement collectif resteront hors de la connaissance du juge de la procédure d'apurement collectif, par l'effet de la soumission à l'arbitrage, contrairement aux procédures judiciaires qui seront instruites par le juge de l'apurement collectif. Par ailleurs, le défendeur pourra opposer l'**exception d'engagement** dans la procédure judiciaire intentée par la contrepartie, ce qui ne convient pas dans la réglementation en vigueur, l'efficacité de la convention arbitrale restant en suspens.

Quant à l'**accord de médiation**, pour éviter des équivoques avec la décision mettant fin à la médiation, la référence devrait se faire par rapport au **pacte de soumettre la question à la médiation**. Par ailleurs, concernant l'accord de médiation au sens propre, il devra être mentionné à l'article 53.1 de la Loi de Procédure d'Apurement Collectif si l'on prétend qu'elle a les mêmes **effets contraignants pour le juge de l'apurement collectif** que la sentence.

3.2. Afin de préserver, dans des situations d'insolvabilité, l'efficacité des mesures conservatoires adoptées par les arbitres, l'on réforme l'article 8.4^{ème} de la Loi de Procédure D'apurement Collectif. La modification se traduit par le fait que les **mesures conservatoires adoptées dans des procédures arbitrales concernant le patrimoine du failli** seraient exceptées de la compétence du juge de la procédure



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

d'apurement collectif, sans préjudice qu'il puisse les débouter si elles engendrent des préjudices à la procédure d'apurement collectif. Cette sauvegarde de la procédure d'apurement collectif sera inefficace si l'on prive le **Juge du Commerce**, tout comme le juge de l'apurement collectif, de leurs attributions actuelles en matière d'arbitrage par la dérogation de l'article 86 ter.2.g) de la Loi Organique du Pouvoir Judiciaire, prévue dans l'Avant-projet de modification de cette Loi.

4. Modifications relatives à la procédure contentieux-administrative

4.1. L'on introduit à l'article 77 de la Loi de la Juridiction Contentieux-Administrative la possibilité de **médiation extra-processuelle**, afin que les parties, dans une procédure de cette nature, arrivent à un accord hors de celui-ci et qui mettrait fin, **la procédure judiciaire restant en suspens entre-temps**. Cette médiation sera menée à bien conformément à la réglementation générale de la médiation dans les affaires civiles et commerciales. La possibilité de médiation devra être mise en évidence aux parties par le tribunal, qui pourra même imposer aux parties la tentative de médiation lorsque la controverse porterait sur l'estimation d'un montant. N'ayant en principe pas d'obstacles normatifs pour la **médiation obligatoire**, il convient de reconsidérer l'opportunité d'imposer la médiation dans la procédure contentieux-administrative, puisque la controverse qui est arrivée au niveau judiciaire est déjà précédée d'une procédure administrative, dans laquelle s'est maintenue une situation de conflit qui se prolonge après son achèvement, une fois épuisées les possibilités de contestation et d'adoption d'accords qu'apporte la voie administrative. Dans ces circonstances, il peut s'avérer difficile qu'une fois la question présentée devant les tribunaux, l'on arrive à un accord qui mettrait fin à la controverse comme résultat d'une médiation obligatoire.

Comme suggestion, l'on propose que la médiation puisse se produire avant la



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

phase de prétentions initiales, c'est-à-dire, que le Tribunal pourrait **soumettre la question litigieuse à la médiation à un moment ultérieur à l'interposition du recours contentieux-administratif et antérieur à la formalisation de la demande.**

D'autres problèmes additionnels que pose cette médiation sont les **retards** qu'elle peut provoquer si elle n'est pas menée à bonne fin, outre la répercussion sur les **coûts** et la manière de les financer.

L'Avant-projet devrait déterminer la manière dont doit être exécutée cette démarche de mise en considération des parties.

4.2. L'ajout d'un nouvel alinéa 7 à l'article 106 de la Loi de la Juridiction Contentieux-Administrative, consacré à la **procédure d'exécution de condamnations pécuniaires liquides imposées à l'Administration**, élargit ce genre d'exécution à des hypothèses selon lesquelles le crédit serait reconnu dans un **accord de conciliation ou de médiation**, ou serait imposé par une **sentence arbitrale**. Concernant cette dernière, l'arbitrage n'étant pas prévu dans cette Loi, l'application supplétoire de la Loi d'Arbitrage fixe comme **organe compétent pour l'exécution forcée de la sentence** le Tribunal de Première Instance du lieu où elle aurait été dictée. Par conséquent, la réforme devrait **déterminer l'organe de l'ordre contentieux-administratif objectivement et territorialement compétent** à l'effet de l'exécution forcée de la sentence arbitrale dans laquelle l'Administration aurait été une partie condamnée au paiement d'un montant d'argent liquide.

4.3. La nouvelle réglementation de l'**arbitrage administratif** pour la résolution de controverses de cette nature l'instaure de manière **obligatoire**. La Loi de la Juridiction Contentieux-Administrative admet exceptionnellement le recours à la voie



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

judiciaire dans les controverses entre des entités de Droit administratif. Par conséquent, le caractère obligatoire de cet arbitrage et l'exclusion de l'accès à la juridiction présentent des doutes de constitutionnalité, étant donné que la jurisprudence constitutionnelle a reconnu le **droit au procès des entités publiques** lorsqu'elles seraient légalement légitimées.

4.4. L'on prévoit que la **résolution de l'arbitrage administratif** dictée par l'organe compétent - la **Commission Déléguée pour la Résolution de Controverses Administratives**- ne soit pas appellable, ce qui se traduit par un ajout à la liste d'actes exclus de la connaissance de la juridiction contentieux-administrative, sans modification de l'article 3 de sa Loi régulatrice. Cette impossibilité d'intenter un recours contre la sentence administrative et l'exclusion du contrôle juridictionnel peuvent entrer en conflit avec la **réserve de juridiction de l'article 106.1 de la Constitution**, en vertu de laquelle les Tribunaux contrôlent la légalité de l'action administrative, ainsi que la soumission de celle-ci aux fins la justifiant. Dans tous les cas, l'on devrait éclaircir si l'exercice d'**actions autonomes de nullité et de révision de la sentence** est exclu, ainsi que s'il convient d'avoir recours à la **révision d'office** dans les hypothèses prévues par la Loi de Régime Juridique des Administrations Publiques et de la Procédure Administrative Commune.

C'est tout ce que le Conseil Général du Pouvoir Judiciaire a à rapporter.

Et pour servir et valoir ce que de droit, je délivre et signe la présente à Madrid, le dix-neuf mai deux-mille dix.