

Jurisprudence étrangère : Cour constitutionnelle italienne, 19 juillet 2013

Giovanni Bonato

▶ **To cite this version:**

Giovanni Bonato. Jurisprudence étrangère : Cour constitutionnelle italienne, 19 juillet 2013. Revue de l'arbitrage, 2014, 4, pp.977-989. hal-01546253

HAL Id: hal-01546253
https://hal.parisnanterre.fr/hal-01546253

Submitted on 2 Nov 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Jurisprudence étrangère

COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE

19 juillet 2013

F.F. c/ E.C. s.r.l.; A.R. c/ R.I. s.r.l.

ARBITRAGE. — DROIT ITALIEN. — RELATIONS ENTRE ARBITRES ET JUGES ÉTATIQUES. — EFFETS DE LA SENTENCE ARBITRALE. — FONGIBILITÉ ENTRE ARBITRAGE ET PROCÉDURE ÉTATIQUE. — SAISINE D'UNE JURIDICTION INCOMPÉTENTE. — SAISINE ULTÉRIEURE DE LA JURIDICTION COMPÉTENTE. — MAINTIEN DES EFFETS SUBSTANTIELS ET PROCESSUELS DE LA DEMANDE INITIALE (OUI).

L'article 819 ter, deuxième alinéa, du Code de procédure civile est contraire à la Constitution en ce qu'il exclut aux relations entre une procédure arbitrale et une procédure judiciaire, l'applicabilité de règles correspondant à celles prévues par l'article 50 du Code de procédure civile relatives à la poursuite de l'instance.

OBSERVATIONS. — 1. Par le présent arrêt, la Cour constitutionnelle italienne déclare que l'article 819 *ter*, deuxième alinéa, du Code de procédure civile est, pour partie, contraire à la Constitution en ce qu'il exclut l'applicabilité, dans les rapports que l'arbitrage entretient avec la procédure judiciaire, des règles correspondant à celles prévues par l'article 50 du Code de procédure civile relatives à la poursuite de l'instance (1).

(1) Cet arrêt a fait l'objet de plusieurs commentaires en Italie : obs. de M. Bove, A. Briguglio, S. Menchini, B. Sassani, *Rivista dell'arbitrato*, 2014.88 ; M. Acone, « "Translatio iudicii" tra giudice e arbitro: una decisione necessariamente incompiuta o volutamente pilatesca? », *Foro italiano*, 2013.I.2690 ; C. Asprella, « Translatio iudicii nei rapporti tra arbitrato e processo », *Giurisprudenza italiana*, 2014.1381 ; S. Boccagna, « *Translatio iudicii* tra giudice e arbitri: la decisione della Corte Costituzionale », *Rivista di diritto processuale*, 2014.375 ; M. Bove, « Sulla dichiarazione di parziale incostituzionalità dell'art. 819-*ter* c.p.c. », *Giusto processo civile*, 2013.1107 ; P. Buzano, « Estensione della translatio iudicii ai rapporti tra giudizio ordinario e arbitrato rituale », *Giurisprudenza italiana*, 2014.1381 ; C. Consolo, « Il rapporto tra arbitri-giudici ricondotto, e giustamente, a questione di competenza con piena *translatio* fra giurisdizione pubblica e privata e viceversa », *Corriere giuridico*, 2013.1107 ; A. D'Alessandro, « Finalmente! La Corte costituzionale sancisce la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda introduttiva nei rapporti tra arbitro e giudice », *Foro italiano*, 2013.I.2690 ; R. Frasca,

Le mécanisme prévu à l'article 50 du Code de procédure civile italien (intitulé « *riassunzione della causa* », également appelé en doctrine « *translatio judicii* ») s'apparente à celui de l'article 97 du Code de procédure civile français, qui organise la poursuite de la même instance quand le juge saisi initialement se déclare incompétent et renvoie l'affaire devant la juridiction compétente. En cas de déclaration d'incompétence, les systèmes italien et français s'accordent pour reconnaître que l'instance se poursuit devant la juridiction compétente. Cette règle permet de préserver les effets de la demande en justice formée devant le juge initialement saisi. Il maintient, notamment, l'effet interruptif et suspensif de la prescription devant le juge auquel l'affaire est renvoyée (2).

L'arrêt commenté emporte déclaration d'inconstitutionnalité partielle. Seule une partie de l'article 819 *ter*, deuxième alinéa est réputée contraire à la Constitution. L'autre partie demeure en vigueur, à savoir celle qui prévoit l'inapplicabilité, aux relations entre arbitrage et procédure judiciaire, de règles correspondant à celles prévues par les articles 44, 45, 48 et 295 du Code de procédure civile (3).

Il faut relever, tout d'abord, que cet arrêt ne porte pas sur l'arbitrage *irrituale*, qui a une valeur contractuelle et qui est régi par l'article 808 *ter* du Code de procédure civile ; il ne concerne que l'arbitrage *rituale*, doté d'effets juridictionnels et régi par les articles 806 et suivants du Code de procédure civile (4).

« Corte cost. n° 223 del 2013 e art. 819 *ter* c.p.c.: una dichiarazione di incostituzionalità veramente necessaria? », *Foro italiano*, 2013.I.2690 ; S. Izzo, « I rapporti tra arbitrato rituale e processo: lo "stato dell'arte" », in www.consiglionazionaleforense.it ; C. Rasia, « La parziale incostituzionalità dell'art. 819-*ter*, comma 2°, c.p.c.: una decisione attesa », *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2014.291 ; L. Salvaneschi, « Il rapporto tra arbitri e giudice dopo la decisione della Consulta », *Rivista di diritto processuale*, 2014.384.

(2) En droit italien v. C. Mandrioli et A. Carratta, *Diritto processuale civile*, I, 23e éd., Giappichelli, 2014, p. 321, et en droit français L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 8e éd., Lexisnexis, 2013, p. 222. Au demeurant, la doctrine a mis en lumière (S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile*, 30e éd., Dalloz, 2010, p. 1162) le fait que la règle ici mentionnée évite que le délai de forclusion ne coure à nouveau devant la juridiction où l'affaire est portée, puisqu'il s'agit de la même instance.

(3) Il convient de rappeler que l'article 44 du Code de procédure civile prévoit que dans sa décision d'incompétence, le juge initialement saisi indique la juridiction qu'il estime compétente et que, si aucun contredit n'est exercé (appelé en Italie « *regolamento di competenza* »), cette désignation s'impose aux parties et au juge de renvoi, si l'instance est poursuivie dans le délai de l'article 50 (v. C. Mandrioli e A. Carratta, *Diritto processuale civile*, vol. I, préc., p. 321). Il s'agit, dès lors, d'un mécanisme semblable à celui de l'article 96, alinéa 2, du Code de procédure civile français (v. L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, préc, p. 220). Ensuite, l'article 45 du Code de procédure civile règle les conflits de compétence entre juridictions étatiques et prévoit le règlement de compétence (« *regolamento di competenza* ») à l'initiative du juge. L'article 48 du Code de procédure civile prévoit dans ce cas un sursis à statuer. Enfin, l'article 295 du Code de procédure civile dispose que le juge doit prononcer le sursis à statuer et suspendre l'instance lorsque une question préjudicielle est pendante devant une autre juridiction. Sur toutes ces dispositions, v. : C. Mandrioli et A. Carratta, *Diritto processuale civile*, vol. I, préc., p. 307 et s.

(4) Dans le même sens v. C. Consolo, « Il rapporto tra arbitri-giudici ricondotto, e giustamente, a questione di competenza con piena translatio fra giurisdizione pubblica e privata e viceversa », préc., p. 1107 ; C. Asprella, « *Translatio* iudicii nei rapporti tra arbitrato e

2. Cela étant dit, il convient de souligner que l'arrêt rapporté donne une solution très attendue par la doctrine italienne, puisque l'application aux relations entre arbitrage et procédure judiciaire de règles correspondant à celles prévues par l'article 50 du Code de procédure civile, permettra dorénavant de préserver les effets processuels et substantiels de la demande formée devant l'arbitre ou le juge étatique initialement saisi (qui a, par la suite, décliné sa compétence). Ainsi, grâce à cette déclaration de non-conformité partielle de l'article 819 *ter*, deuxième alinéa, l'erreur portant sur le choix de la juridiction (étatique ou arbitrale) ne produira plus de conséquences négatives, telles qu'elles pouvaient résulter de l'écoulement d'un délai de prescription ou de forclusion sur le droit substantiel invoqué au fond ou sur l'action exercée en général.

Ce faisant, la Cour constitutionnelle italienne offre une importante contribution au régime des relations entre arbitres et juges étatiques qui sont maintenant organisées conformément aux principes du procès équitable. La Cour laisse toutefois sans réponse plusieurs questions, qui seront analysées dans le présent commentaire.

3. En l'espèce, l'affaire a été soumise à la Cour constitutionnelle par la voie du contrôle incident, par le biais de deux ordonnances de renvoi : l'une rendue par le Tribunal de Catane (5), l'autre émanant du tribunal arbitral (arbitre unique) siégeant à Bologne (6). Ces deux juridictions ayant soulevé des questions de constitutionnalité identiques, les deux instances ont été jointes par la Cour constitutionnelle qui a, par la suite, rendu un seul arrêt.

D'après les deux juridictions ayant ainsi saisi la Cour, la constitutionnalité de l'article 819 *ter*, deuxième alinéa, était douteuse dans la mesure où l'exclusion de l'article 50 du Code de procédure civile et l'impossibilité de conserver les effets processuels et substantiels de la demande formée devant la juridiction initialement saisie, auraient

---

processo », préc., p. 1381 ; C. Rasia, « La parziale incostituzionalità dell'art. 819-*ter*, comma 2°, c.p.c.: una decisione attesa », préc., p. 291 ; E. D'Alessandro, « Finalmente! La Corte costituzionale sancisce la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda introduttiva nei rapporti tra arbitro e giudice », préc., spéc. p. 2695 ; M. Bove, « Sulla dichiarazione di parziale incostituzionalità dell'art. 819-*ter* c.p.c. », préc., spéc. p. 1124. V. toutefois, M. Fornaciari, « Conservazione degli effetti dell'atto introduttivo anche nei rapporti fra giudice e arbitro: sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 819 ter, comma 2, c.p.c. », *Rivista dell'arbitrato*, 2012.891, spéc. 902. La conservation des effets de la demande doit s'appliquer aux relations entre arbitrage *irrituale* et procédure judiciaire.

(5) Tribunal Catane, 21 juin 2012, *Rivista dell'arbitrato*, 2012.894, obs. M. Fornaciari ; *Rivista di diritto processuale*, 2013.467, note S. Boccagna.

(6) Arbitre unique, Bologne, 13 novembre 2012, *Gazzetta Ufficiale*, 6 mars 2013.10. Il vaut mieux rappeler que dans le système juridique italien les arbitres peuvent renvoyer une question de constitutionnalité à la Cour constitutionnelle, depuis que cette dernière leur a reconnu un tel pouvoir par l'arrêt du 28 novembre 2001, n° 376 (*Rev. arb.*, 2002.187, note D. Borghesi ; *Giustizia Civile*, 2001.I.2887, obs. R. Vaccarella ; *Rivista dell'arbitrato*, 2001.657, obs. A. Briguglio). En consacrant cette solution, l'article 819 *bis*, n° 3, du Code de procédure civile, introduit par la troisième réforme du droit de l'arbitrage italien (décret législatif du 2 février 2006, n° 40), établit dorénavant que les arbitres peuvent saisir la Cour constitutionnelle, conformément à l'article 23 de la loi 11 mars 1953, n° 87.

été contraire aux articles 3, 24 et 111 de la Constitution (7), ceci pour deux raisons.

D'une part, les juges auteurs du renvoi soulignaient que dans les conflits de compétence qui peuvent surgir entre les juridictions de l'ordre judiciaire elles-mêmes, l'article 50 du Code de procédure civile garantit la préservation des effets de la demande en justice formée devant un juge qui se déclare incompétent, par le biais du mécanisme de la poursuite de l'instance devant l'autre juridiction désignée comme compétente. Quant aux conflits entre les juridictions de l'ordre judiciaire et celles de l'ordre administratif, il était relevé que les articles 59 de la loi 18 juin 2009, n° 69, et 11 du Code du procès administratif prévoient que, dans le cas où une juridiction déclare qu'elle est dépourvue de pouvoir juridictionnel pour trancher le litige, la partie peut engager une nouvelle instance devant la juridiction (de l'autre ordre) indiquée, tout en conservant les effets de la demande en justice formée devant la juridiction incompétente (8). Compte tenu des règles prévues pour les conflits entre juges étatiques, l'absence d'un mécanisme normatif pour garantir la préservation des effets de la demande dans les conflits entre arbitres et juges étatiques aurait provoqué une violation du principe d'égalité des justiciables devant les différentes juridictions, dont l'arbitrage fait partie.

D'autre part, l'inapplicabilité de la règle de la préservation des effets de la demande dans les relations entre arbitrage et procédure judiciaire aurait été contraire aux principes du procès équitable. En effet, selon une conception bien ancrée dans le système italien, le procès doit conduire au prononcé d'un jugement sur le fond, statuant sur le droit substantiel invoqué, et tenter de régulariser, autant qu'il se peut, les nullités des actes de procédure. En d'autres termes, un plaideur ne pourra pas être pénalisé pour avoir commis une erreur de procédure.

En l'espèce, l'exclusion de la règle sur la préservation des effets de la demande en justice, formée en première instance, aurait pu provoquer des conséquences extrêmement graves pour les plaideurs : l'irrecevabilité des recours intentés contre les délibérations d'assemblées des sociétés en raison de l'écoulement du délai prévu par le Code civil (article 2377, sixième alinéa, et article 2479 *ter*, premier alinéa).

---

(7) Il convient de rappeler que l'article 3 de la Constitution consacre le principe d'égalité devant la loi de tous les citoyens. L'article 24 de la Constitution garantit quant à lui les droits de la défense. Enfin, l'article 111 de la Constitution énonce les principes du procès équitable.

(8) Il importe de souligner que, selon les règles processuelles italiennes, la détermination de l'ordre (administratif ou judiciaire) compétent pour trancher le litige est une question relative au pouvoir juridictionnel (« *questione di giurisdizione* ») et non pas une question de compétence au sens strict, cette dernière ayant trait à la détermination du juge qui doit décider l'affaire à l'intérieur d'un même ordre juridictionnel. V. sur ce point C. Mandrioli et A. Carratta, *Diritto processuale civile*, I, préc., p. 201.

A ce propos, il convient de souligner que, depuis quelques années, la doctrine italienne a dénoncé l'absence de mécanisme permettant la conservation des effets de la demande dans les relations entre l'arbitrage et la procédure judiciaire. Elle s'était alors divisée entre, d'une part, les auteurs qui demandaient une déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 819 *ter*, deuxième alinéa (9), et d'autre part, ceux qui proposaient au contraire d'appliquer par voie d'analogie les règles posées par les articles 59 de la loi du 18 juin 2009, n° 69, et 11 du Code du procès administratif (10).

4. Les questions de constitutionnalité étant transmises à la Cour, celle-ci se saisit de celle posée par l'arbitre de Bologne, sans qu'il y ait lieu, en conséquence, d'examiner celle soulevée par le Tribunal de Catane.

Avant d'examiner la décision d'inconstitutionnalité, il importe au préalable de préciser que la Cour constitutionnelle récuse de manière explicite la solution retenue par la Cour de cassation dans une décision du 6 décembre 2012 (11). Selon cette dernière décision, l'exclusion de l'application de l'article 50 n'était que partielle et non totale, en ce sens que l'article 819 *ter*, deuxième alinéa, aurait permis la poursuite de l'instance dans l'hypothèse où un juge étatique se serait déclaré incompétent sur le fondement de l'existence d'une convention d'arbitrage. En d'autres termes, dans cette interprétation, le Code n'aurait exclu la poursuite de l'instance que dans l'hypothèse où un arbitre se serait déclaré incompétent au profit du juge étatique. Cependant, cette interprétation retenue par la Cour de cassation est écartée par la Cour constitutionnelle, comme étant fondée sur des arguments fragiles, à savoir le fait que l'article 819 *ter*, deuxième alinéa, ne régirait que les relations entre « arbitrage et procédure judiciaire » à l'exclusion de celles entre « procédure judiciaire et arbitrage ».

La décision de non-conformité partielle ici rapportée repose sur des arguments qui semblent justifiés (I). Toutefois, l'arrêt de la Cour laisse sans réponse des questions essentielles concernant les relations entre arbitrage et procédure judiciaire qui devront être résolues par voie d'interprétation (II).

---

(9) R. Oriani, « È possibile la "*translatio iudicii*' nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale: divergenze e consonanze tra Corte di cassazione e Corte costituzionale », *Foro italiano*, 2007.I.1013 ; S. Boccagna, « Appunti sulla nuova disciplina dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione », in Aa. Vv., *Studi in onore di Carmine Punzi*, Giappichelli, 2008, II, p. 313, spéc. p. 322 ; S. Ziino, « La *translatio iudicii* tra arbitri e giudici ordinari (sulla parziale incostituzionalità dell'art. 819 ter, secondo comma, c.p.c.) », in Aa.Vv., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Jovene, 2010, p. 913 ; R. Muroni, *La pendenza del giudizio arbitrale*, Giappichelli, 2008, p. 335 ; S. Menchini, « Il controllo e la tutela della convenzione arbitrale », *Rivista dell'arbitrato*, 2013.363, spéc. 402.

(10) M. Bove, « Giurisdizione e competenza nella recente riforma del processo civile (legge 18 giugno 2009, n° 69) », *Rivista di diritto processuale*, 2009.1295, spéc. 1305-1306 ; Id., *La giustizia privata*, 2e éd., Giappichelli, 2013, p. 117.

(11) Cass., 6 décembre 2012, n° 22002, *Massimario Giurisprudenza Italiana*, 2012.

I. – Les fondements de la décision

La Cour fonde sa solution sur deux motifs essentiels : d'une part, la sentence arbitrale « *est potentiellement fongible avec une décision des juridictions étatiques* » (A) ; d'autre part, il est nécessaire de préserver les effets de la demande en cas d'erreur dans la saisine du juge (public ou privé) compétent (B).

A) La « potentielle fongibilité » de la sentence arbitrale avec le jugement étatique

5. Le premier motif sur lequel la Cour fonde sa décision tient au fait de la « potentielle fongibilité » de la procédure arbitrale avec la procédure judiciaire, étant donné que le premier aboutit à une décision produisant les mêmes effets que celui d'un jugement public (12).

C'est ainsi, tout d'abord, que la Cour rappelle son arrêt du 28 novembre 2001 (13), par lequel elle a reconnu aux arbitres le pouvoir de soulever une question de constitutionnalité des lois ordinaires et des actes ayant force de loi, par la voie du contrôle incident. Dans cette décision de 2001, les juges constitutionnels ont souligné qu'« *il suffit d'observer que l'arbitrage est une procédure qu'envisage et régit le Code de procédure civile, pour l'application objective du droit dans le cas d'espèce, afin de régler le différend, en garantissant le contradictoire et l'impartialité propres à la juridiction civile ordinaire. Sous ce rapport, la procédure arbitrale ne diffère pas de la procédure qui se déroule devant les organes étatiques de la justice, et cela même pour la recherche et l'interprétation des règles de droit applicables au cas d'espèce* » (14). Des affirmations qui précèdent, il s'ensuit que la sentence arbitrale « *est potentiellement fongible avec une décision des juges étatiques* ».

Toujours dans la perspective de la « potentielle fongibilité » entre procédures arbitrale et procédure judiciaire, dans l'arrêt commenté, la Cour ajoute des arguments tirés de la réforme du décret législatif du 2 février 2006 (15). Cette réforme a introduit différents articles, aux

(12) D'après, L. Salvaneschi, « Il rapporto tra arbitri e giudice dopo la decisione della Consulta », préc., p. 385 et s., il s'agit de l'argument essentiel qui a conduit à la déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 819 *ter*, deuxième alinéa.

(13) Arrêt précité à la note 6.

(14) Il s'agit d'une partie de la motivation de la décision de la Cour constitutionnelle n° 376 de 2001, selon la traduction, non officielle, réalisée par D. Borghesi pour la *Revue de l'arbitrage*, 2001.185.

(15) A propos de la réforme, introduite par décret législatif du 2 février 2006, v. C. Giovannucci Orlandi, « La nouvelle réglementation italienne de l'arbitrage après la loi du 2 février 2006 », *Rev. arb.*, 2008.19. En ce qui concerne le droit italien de l'arbitrage v. Aa.Vv., *Arbitrato*, 2e éd., sous la direction de F. Carpi, Zanichelli, 2007, *passim ;* Aa.Vv., *Le recenti riforme del processo civile*, vol. II, sous la direction de S. Chiarloni, Zanichelli, 2007, p. 1585 et s. ; Aa.Vv., *Commentario alle riforme del processo civile*, vol. III, 2, sous la direction de A. Briguglio et B. Capponi, Cedam, 2009, *passim ;* Aa.Vv., *La nuova disciplina*

termes desquels il est possible de déduire que les effets de la sentence arbitrale sont « *substantiellement analogues* » à ceux attachés au jugement étatique (16). A l'appui de cette affirmation, la Cour mentionne l'article 816 *quinquies* du Code de procédure civile qui admet l'intervention de tiers dans la procédure arbitrale et établit l'applicabilité à l'arbitrage des règles de l'article 111 du Code de procédure civile sur la succession à titre particulier du droit litigieux, en cours d'instance (17). De la même manière, la Cour fait référence à l'article 819 *bis* du même code qui donne aux arbitres le pouvoir de renvoyer une question de constitutionnalité (18). En outre, la Cour met l'accent sur l'article 824 *bis* du Code de procédure civile qui confère à la sentence arbitrale, dès son prononcé, les mêmes effets que ceux attribués au jugement étatique (19). Enfin, dans la même perspective, il faut relever que l'engagement de l'instance arbitrale provoque des conséquences analogues à celles qui résultent du déclenchement d'un procès étatique, relativement au droit substantiel invoqué au fond. Cela résulte, notamment, des articles 2943 et 2945 du Code civil relatifs aux effets de la demande arbitrale en matière de prescription et des articles 2652, 2653,

---

dell'arbitrato, sous la direction de S. Menchini, Cedam, 2010, *passim ;* Aa.Vv., *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, sous la direction de M. Benedettelli, C. Consolo et L. Radicati di Brozolo, Cedam, 2010, *passim ;* P. Bernardini, *L'arbitrato nel commercio internazionale e negli investimenti internazionali*, 2e éd., Giuffré, 2008, *passim ;* C. Cavallini, *L'arbitrato rituale. Clausola compromissoria e processo arbitrale*, Giuffré, 2009, *passim ;* C. Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, vol. I, II, III, 2e éd., Cedam, 2012, *passim*.

(16) Sur la question de la nature et des effets de la sentence arbitrale dans le système italien v. G. Bonato, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale. Studio di diritto italiano e comparato*, Jovene, 2012, p. 171 ss.

(17) C. Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, vol. II, préc., p. 97 et s. ; L. Salvaneschi, « Art. 816 *quinquies* », in Aa.Vv., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, sous la direction de S. Menchini, préc., p. 235 et s. ; G. F. Ricci, « Art. 816 *quinques* », in Aa.Vv., *Arbitrato*, sous la direction de F. Carpi, préc., p. 453 et s. ; M. Gradi, « L'intervento e la chiamata in causa dei terzi nel processo arbitrale », in *Rivista dell'arbitrato*, 2010.291.

(18) C. Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, vol. II, préc., p. 194 et s. ; G. F. Ricci, « Art. 819 *bis* », in Aa.Vv., *Arbitrato*, sous la direction de F. Carpi, préc., p. 494 et s. ; S. Menchini e A. Motto, « Art. 819-*bis* », in Aa.Vv., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, sous la direction de S. Menchini, préc., p. 328 et s.

(19) G. Bonato, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*, préc., p. 171 et s. ; E. F. Ricci, « La Cassazione si pronuncia ancora sulla 'natura' della convenzione di arbitrato rituale: tra l'attaccamento a vecchi schemi e qualche incertezza concettuale », in *Rivista di diritto processuale*, 2007.1294 ss. ; S. Boccagna, « Art. 824 *bis* », in Aa.Vv., *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, sous la direction de M. Benedettelli, C. Consolo, L. Radicati di Brozolo, préc., p. 303 et s., spéc. p. 305 ; C. Consolo, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, 2e éd., Padova, Cedam, 2008, p. 376 ; E. D'Alessandro, « Riflessioni sull'efficacia del lodo arbitrale rituale alla luce dell'art. 824-*bis* c.p.c. », in *Rivista dell'arbitrato*, 2007.529, spéc. 537 ; Id., Art. 824 *bis*, in Aa.Vv., *Commentario alle riforme del processo civile*, vol. III, 2, sous la direction de A. Briguglio et B. Capponi, préc., p. 960 et s., spéc. p. 967 et s. ; F. P. Luiso, « L'articolo 824-*bis* c.p.c. », in *Rivista dell'arbitrato*, 2010.235 et s. ; F. Auletta, « Art. 824 *bis* », in AA.VV., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, sous la direction de S. Menchini, préc., p. 420 et s., spéc. p. 426 ; C. Punzi, « Luci e ombre nella riforma dell'arbitrato », in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2007. 395 et s., spéc. p. 430 et s. ; Id., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, préc., vol. I, p. 116 et s., et vol. II, p. 407 et s. ; F. Carpi, « Art. 824 *bis* », in AA.VV., *Arbitrato*, sous la direction de F. Carpi, préc., p. 596.

2690, 2691 du Code civil en matière de transcription de la demande arbitrale ; ces effets attachés à la demande arbitrale sont équivalents à ceux produits par la demande en justice formée devant la juridiction publique (20).

Il convient de signaler, dans le même ordre d'idée, la décision de la Cour de cassation italienne du 25 octobre 2013, n° 24153, qui a affirmé l'équivalence des effets produits par la sentence arbitrale et ceux attachés au jugement étatique, ainsi que la nature juridictionnelle de l'arbitrage *rituale* (21).

A ce propos, il convient de rappeler qu'il ne fait pas de doute que la fonction juridictionnelle ne relève pas du monopole de l'Etat et qu'elle peut être exercée par des particuliers, juges privés, tels que les arbitres, ce qui permet de conférer à l'arbitrage une nature juridictionnelle (22). Toutefois, à notre avis, il vaudrait mieux qualifier l'arbitrage de « juridiction privée », cette dernière formule permettant de mettre en exergue les spécificités de l'institution arbitrale (23).

B) La nécessité de préserver les effets de la demande en cas d'erreur dans la détermination du juge (public ou privé) compétent

6. L'autre fondement avancé par la Cour pour justifier la déclaration d'inconstitutionnalité partielle de l'article 819 *ter*, deuxième alinéa, réside dans le principe selon lequel la saisine d'une juridiction incompétente pour trancher le litige ne doit pas conduire à sacrifier les droits du demandeur, ce dont il résulte la nécessité constitutionnelle de prévoir un mécanisme qui permette de conserver les effets substantiels et processuels de la demande initiale.

(20) A propos du régime juridique de la demande d'arbitrage v. C. Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, vol. II, préc., p. 61 ; D. Borghesi, « La domanda di arbitrato », in Aa. Vv., sous la direction de F. Carpi, *Arbitrato*, préc., p. 303 et s.

(21) La décision de la Cour de cassation citée est publiée dans la revue *Corriere giuridico*, 2014. 84., note G. Verde.

(22) Sur la question v. dans la doctrine italienne et française : G. Verde, « Ancora sulla pendenza del giudizio arbitrale », *Rivista dell'arbitrato*, 2011.223 ; Id., « Arbitrato e giurisdizione: le Sezioni Unite tornano all'antico », *Corriere Giuridico*, 2014.91 ; C. Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, vol. I, préc., p. 123 ; Id., « Dalla crisi del monopolio statale della giurisdizione al superamento dell'alternatività contrattualità-giurisdizionalità dell'arbitrato », *Rivista di diritto processuale*, 2014.3 ; Ch. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, préc., p. 29 et s.; Id., « Les frontières de l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2001.5 ; T. Clay, *L'arbitre*, LGDJ, 2001, p. 41 et s.; L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, préc., p. 791 et s. ; E.F. Ricci, « La 'funzione giudicante' degli arbitri e l'efficacia del lodo (un *grand arrêt* della Corte Costituzionale) », *Rivista di diritto processuale*, 2002.351 et s. ; N. Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Giuffré, 2007, p. 14 ; M. Bove, *La giustizia privata*, cit., p. 30 ; G. Bonato, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*, préc., spéc. p. 182 et s. et p. 248 et s.

(23) V. C. Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, vol. I, préc., p. 123 et s. Sur la question v. G. Bonato, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*, préc., p. 248.

A cet égard, après avoir reconnu que l'arbitrage est un mode de résolution des litiges équivalent et alternatif au procès étatique, la Cour déduit que l'erreur commise par le demandeur quant à la juridiction compétente ne doit pas faire obstacle au prononcé d'une décision au fond.

Ce faisant, il importe de relever que l'arrêt commenté se situe dans la même ligne que la décision de la Cour constitutionnelle du 12 mars 2007, n° 77, portant sur les conflits entre les juridictions de l'ordre judiciaire et les juridictions de l'ordre administratif. Dans sa décision de 2007, la Cour avait déclaré que l'article 30 de la loi 6 décembre 1971 sur les tribunaux administratifs régionaux n'était pas conforme à la Constitution en ce qu'il ne prévoit pas que les effets produits par la demande formée devant le juge incompétent sont néanmoins maintenus dans l'instance poursuivie devant le juge compétent (24).

Le raisonnement des deux arrêts de 2007 et de 2013 repose ainsi sur le même principe : le procès civil doit aboutir à une décision sur le fond de l'affaire et les erreurs de procédure doivent être corrigées, autant que possible (25).

II. – Les questions laissées ouvertes par la décision

Comme cela a été déjà souligné, la décision rapportée doit être approuvée en ce qu'elle comble une lacune qui aurait pu léser la position du demandeur. Cependant, l'arrêt laisse sans réponse des questions essentielles dans les relations entre arbitrage et procédure judiciaire. Dès lors, il incombe aux interprètes de la loi de les résoudre.

Il s'agit, entre autres, de la détermination du mécanisme pour préserver les effets de la demande formée devant le juge incompétent (A) et de la portée de la décision d'incompétence à l'égard de l'autre juridiction (B).

A) La détermination du mécanisme préservant les effets de la demande formée devant le juge incompétent

7. Dans l'arrêt rapporté, la Cour se limite à établir que, dorénavant, entre arbitrage et procédure judiciaire, il faudra appliquer des règles

(24) Cour constitutionnelle, 12 mars 2007, n° 77, *Giurisprudenza italiana*, 2007.2253, note D. Turroni ; obs. C. Consolo, M. De Cristofaro, « Evoluzioni processuali tra *translatio iudicii* e riduzione della proliferazione dei riti e dei ritualismi », *Corriere Giuridico*, 2007.745 ; A. Panzarola, « Translatio iudicii » *e dichiarazione di difetto di giurisdizione*, in *La giurisdizione nell'esperienza giurisprudenziale contemporanea*, sous la direction de R. Martino, Giuffré, 2008, p. 193 et s. Le législateur est ensuite intervenu pour régler les conflits entre juridictions relevant d'ordres différents et permettre la conservation des effets de la première demande.

(25) Sur cet aspect v. V. Andrioli, *Diritto processuale civile*, I, Jovene, 1979, p. 28 ; A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, 5e éd., Jovene, 2012, p. 213.

semblables à celles prévues par l'article 50 du Code de procédure civile relatives à la poursuite de l'instance. En revanche, elle n'indique pas quel type de mécanisme devra être utilisé pour maintenir les effets de la demande proposée devant le juge ou l'arbitre qui a, par la suite, décliné sa compétence.

On ne peut que regretter que la Cour constitutionnelle n'ait pas été plus explicite sur ce point. Ainsi, avant que le législateur n'intervienne, il incombe à la doctrine de combler cette lacune (26).

A cet égard, les auteurs ont proposé deux solutions différentes. Pour certains, il faudrait utiliser un mécanisme semblable à celui prévu par l'article 59 de la loi 18 juin 2009, n° 69, et par l'article 11 du Code du procès administratif, à savoir la succession d'instances, dans lequel la demande produit ses effets dès la première instance engagée (27). Alors que pour d'autres, bien qu'il s'agisse de relations entre arbitres et juges étatiques, on devrait tout de même appliquer le mécanisme de la poursuite de l'instance organisée à l'article 50 du Code de procédure civile qui règle, en cas d'incompétence, l'hypothèse du renvoi entre juges relevant du même ordre judiciaire (28).

Il convient de remarquer que le choix entre l'une ou l'autre solution découle de la conception retenue à propos des relations entre arbitres et juges étatiques, quant à la question de savoir si celles-ci constituent des questions de compétence, au sens strict, ou des questions relatives au pouvoir de juger (29). Au demeurant, ce choix n'est pas dépourvu de conséquences pratiques : le mécanisme de la succession d'instances dans lequel la demande produit ses effets dès la première instance engagée nécessite une nouvelle assignation en justice, alors que, dans le cas du renvoi au juge désigné comme compétent, l'instance est prolongée devant ce dernier, sans qu'il y ait lieu de former une nouvelle demande (dans ce dernier cas un acte de poursuite du procès est suffisant).

En faveur de la première solution, qui nous paraît préférable, il peut être soutenu que les relations entre arbitres et juges étatiques ne donnent pas lieu à des questions de compétence au sens strict, parce que l'existence d'une convention d'arbitrage tend à retirer aux juridictions

(26) V. à ce propos A. Briguglio, obs., préc., p. 95 ; Bove, « Sulla dichiarazione di parziale incostituzionalità dell'art. 819-*ter* c.p.c. », préc., p. 1115.

(27) Bove, « Sulla dichiarazione di parziale incostituzionalità dell'art. 819-*ter* c.p.c. », préc., p. 1115 et s. ; A. Briguglio, obs., préc., p. 95 ; S. Menchini, obs., préc. p. 107 ; B. Sassani, obs., préc. p. 111 ; S. Izzo, « I rapporti tra arbitrato rituale e processo: lo "stato dell'arte" », préc., § 4.

(28) S. Boccagna, « *Transatio iudicii* tra giudice e arbitri: la decisione della Corte costituzionale », préc., p. 377 et s. ; C. Consolo, préc., p. 1111 ; M. Acone, « "Translatio iudicii" tra giudice e arbitro: una decisione necessariamente incompiuta o volutamente pilatesca? », préc., p. 2697.

(29) Cette problématique est commune à la doctrine et à la jurisprudence françaises, v. M. Boucaron-Nardetto, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, Aix-en-Provence: PUAM, 2013, p. 328 et s.

publiques leur pouvoir de juger (30). Il en résulte qu'il n'est pas concevable d'utiliser l'instrument de la poursuite de l'instance entre juridictions différentes et hétérogènes, publique d'un côté et arbitrale de l'autre (31), bien qu'elles aient la même finalité (32).

Au contraire, au soutien de la seconde solution, les auteurs font valoir que les relations entre arbitres et juges étatiques sont des questions de compétence, bien que « *sui generis* » (33), et que, par conséquent, l'instrument de la poursuite de l'instance est pleinement applicable entre arbitrage et procédure judiciaire (34).

Cela étant dit, lorsque la Cour énonce que les relations entre arbitrage et procédure judiciaire doivent se voir appliquer des règles semblables à celles de l'article 50, elle n'indique pas quel est le délai pour garantir la conservation des effets de la demande. Aussi, il nous paraît préférable d'appliquer, par voie d'analogie, le deuxième alinéa de l'article 59 de la loi du 18 juin 2009, n° 69, afin de permettre aux parties de former une nouvelle demande devant le juge (public ou privé), apte à trancher le litige, dans un délai de trois mois. Ce délai commence à courir à partir de l'irrévocabilité de la décision étatique ou arbitrale déclinatoire de compétence. Cependant le demandeur pourra, tout de même, proposer une deuxième demande avant l'irrévocabilité de ladite décision (35).

B) La portée de la décision d'incompétence à l'égard de l'autre juridiction

8. Enfin, l'arrêt commenté n'apporte aucune clarification sur la portée de la décision d'incompétence, prononcée par un juge étatique ou un arbitre, à l'égard de l'autre juridiction, compétente pour connaître de l'affaire. En effet, comme il a déjà été indiqué, la déclaration d'inconstitutionnalité ne concerne pas la totalité du deuxième alinéa de l'article 819 *ter*, qui reste en vigueur pour la partie qui exclut l'application des articles 44, 45, 48 et 295 du Code de procédure civile dans les relations entre arbitrage et procédure judiciaire (36).

(30) M. Bove, « Sulla dichiarazione di parziale incostituzionalità dell'art. 819-*ter* c.p.c. », préc., p. 1115.

(31) A Briguglio, obs., préc., p. 95 ; S. Menchini, obs., préc., p. 107.

(32) B. Sassani, obs., préc. p. 111 ; Briguglio, obs., préc., p. 95.

(33) M. Acone, « "Translatio iudicii" tra giudice e arbitro: una decisione necessariamente incompiuta o volutamente pilatesca? », préc., p. 2699.

(34) S. Boccagna, « *Transatio iudicii* tra giudice e arbitri: la decisione della Corte costituzionale », préc., p. 377 et s. ; C. Consolo, « Il rapporto tra arbitri-giudici ricondotto, e giustamente, a questione di competenza con piena *translatio* fra giurisdizione pubblica e privata e viceversa », préc., p. 1111 ; M. Acone, « "Translatio iudicii" tra giudice e arbitro: una decisione necessariamente incompiuta o volutamente pilatesca? », préc., p. 2700.

(35) Dans ce sens v. S. Izzo, « I rapporti tra arbitrato rituale e processo: lo "stato dell'arte" », préc., p. 22.

(36) Sur les articles 44, 45, 48 e 295 du Code de procédure civile, v. *supra*, note 3.

En vertu de l'inapplicabilité de l'article 44 du Code de procédure civile entre arbitrage et procédure judiciaire, il est douteux que le tribunal arbitral soit lié par la décision d'incompétence du juge étatique fondée sur l'existence d'une convention d'arbitrage et, au demeurant, dans le cas inverse, que ce dernier soit tenu de suivre une sentence arbitrale d'incompétence. Ainsi, dans le but d'éviter, entre autres, les conflits négatifs de compétence entre arbitres et juges étatiques, qui pourraient engendrer un déni de justice, la doctrine italienne s'est penchée sur le problème de la portée de la décision d'incompétence sur l'autre juridiction (37).

Selon une partie de la doctrine, il faut parvenir à l'application de l'article 44 du Code de procédure civile aux rapports entre arbitrage et procédure judiciaire. A ce sujet, deux positions sont envisageables : alors que certains retiennent une interprétation systématique de la loi (38), d'autres considèrent qu'une autre déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 819 *ter*, deuxième alinéa, serait nécessaire dans la partie où il exclut l'application de l'article 44, devant également être déclaré inconstitutionnel l'article 817 dans la partie où il ne prévoit pas que l'arbitre doit tenir compte de la décision du juge éta-tique sur son incompétence (39). Dans le même sens, un auteur propose d'appliquer, par voie d'analogie entre arbitrage et procédure judiciaire, l'article 59 de la loi 18 juin 2009, n° 69, selon lequel, dans les conflits entre les juridictions de l'ordre judiciaire et celles de l'ordre administratif, la décision du défaut de pouvoir juridictionnel s'impose à l'égard de la juridiction désignée comme ayant le pouvoir de trancher le litige (40).

D'autres auteurs soutiennent une solution différente qui, à notre avis, devrait l'emporter. En recourant à la théorie des motifs décisifs, qui constituent le soutien nécessaire du dispositif, la décision du juge étatique qui accueille l'exception d'incompétence tirée de l'existence d'une convention d'arbitrage aurait l'autorité de chose jugée sur la question de l'existence et de la validité de cette convention. La même solution s'étendrait dans l'hypothèse inverse : la sentence arbitrale d'incompétence, rendue sur le fondement de l'absence de toute convention d'arbitrage valable, lierait le juge étatique sur la question concernant ladite convention. Dans cette optique, la décision (arbitrale ou étatique) sur la compétence, qui tranche la question de l'existence d'une convention

(37) V. sur ce point, entre autres auteurs : C. Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, vol., I, préc., p. 212 ; S. Menchini, « Il controllo della convenzione arbitrale », préc., p. 363 ; F.P. Luiso, « Rapporti tra arbitrato e giudice », *Rivista dell'arbitrato*, 2005.773. V. aussi M. Boucaron-Nardetto, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 467 et s. ; A. Dimolitsa, « Autonomie et "*Kompetenz-Kompetenz*" », *Rev. arb.*, 1998.305.

(38) S. Boccagna, « *Transatio iudicii* tra giudice e arbitri: la decisione della Corte costituzionale », préc., p. 380 et s.

(39) M. Acone, « "Translatio iudicii" tra giudice e arbitro: una decisione necessariamente incompiuta o volutamente pilatesca? », préc., p. 2701.

(40) M. Bove, *La giustizia privata*, préc., p. 74.

d'arbitrage dont dépend cette compétence, aurait une efficacité extra-processuelle et s'imposerait aux autres juges (41).

Parmi les conclusions à tirer de cet arrêt, on peut retenir que la décision commentée doit être approuvée car elle contribue à améliorer le régime des relations entre l'arbitrage et la justice étatique, au bénéfice des justiciables. Cependant, plusieurs questions devront encore être éclaircies, ce qui pourrait justifier une intervention rapide de la part du législateur italien (42).

Giovanni BONATO
Maître de conférences à l'Université Paris Ouest (Nanterre La Défense)

(41) Pour cette perspective v. S. Menchini, « Il controllo della convenzione arbitrale », préc., pp. 398-399 ; F. P. Luiso, « Rapporti tra arbitrato e giudice », préc., pp. 787-788. En d'autres termes, il s'agit d'appliquer à la décision d'incompétence qui tranche la question de l'existence d'une convention d'arbitrage une règle semblable à celle établie par l'article 95 du Code de procédure civile français, qui dispose que « *Lorsque le juge, en se prononçant sur la compétence, tranche la question de fond dont dépend cette compétence, sa décision a autorité de chose jugée sur cette question de fond* ». Sur cette disposition v. S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile*, préc., p. 1149-1150.

(42) Dans la même ligne v. S. Menchini, obs., préc., cit., p. 109.