

N° 7671²

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2020-2021

PROJET DE LOI**portant réforme de l'arbitrage et modification
du titre I. du Livre III. « Des arbitrages » du Nouveau
Code de procédure Civile**

* * *

SOMMAIRE:

	<i>page</i>
<i>Avis des Autorités judiciaires</i>	
1) Avis de la Cour Supérieure de Justice.....	1
2) Avis du Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg (25.2.2021).....	4
3) Avis du Tribunal d'Arrondissement de et à Diekirch (3.12.2020).....	7
4) Avis de la Justice de Paix d'Esch-sur-Alzette (6.11.2020).....	13

*

AVIS DE LA COUR SUPERIEURE DE JUSTICE

Le présent avis a uniquement pour vocation de se prononcer sur le volet « Exécution de la sentence arbitrale ».

Sentences rendues au Luxembourg

Concernant *l'article 1233*, la Cour relève qu'afin de préserver les droits des parties au cours d'une procédure unilatérale à ce stade, il est important de garantir l'authenticité de la sentence et de la convention d'arbitrage soumis au président du tribunal d'arrondissement. Il est donc suggéré de reprendre la formulation de l'article 1487 du Code de procédure civile français « *La requête est déposée par la partie la plus diligente au greffe de la juridiction accompagnée de l'original de la sentence et d'un exemplaire de la convention d'arbitrage ou de leurs copies réunissant les conditions requises pour leur authenticité.* », ce qui reprend les exigences de l'actuel article 1250 du Nouveau Code de procédure Civile. Cette précision est d'autant plus nécessaire que la procédure n'est pas contradictoire et que l'ordonnance qui accorde l'exequatur n'est pas susceptible de recours.

L'article 1235 prévoit que l'ordonnance qui refuse l'exequatur peut être frappée d'appel endéans le délai d'un mois à compter de la signification, si elle a été signifiée au requérant. Par qui sera-t-elle signifiée puisque la procédure n'est pas contradictoire et que l'autre partie n'est partant pas informée de l'ordonnance ?

L'article 1243 prévoit qu'un recours en révision peut être introduit après que la sentence arbitrale a été rendue, si celle-ci a été surprise par fraude, prise sur base de pièces décisives ou d'attestations reconnues fausses etc... En principe, le recours est porté devant le tribunal arbitral. Toutefois, si le tribunal arbitral ne peut plus être réuni, le recours est porté devant la Cour d'appel. Si le recours est déclaré fondé, il sera alors statué sur le fond du litige par la Cour. En cas de sentence arbitrale non motivée (cf article 1232-2), il sera impossible d'apprécier le bien-fondé du recours.

Sentences rendues à l'étranger

L'article 1245 renvoie aux dispositions de l'article 1233, qui devra, tel que précisé ci-avant, absolument exiger la remise de l'original de la sentence ou d'une copie réunissant les conditions requises pour son authenticité.

En outre, l'article 1245 renvoie à l'article 1234 qui dit que « *l'ordonnance qui accorde l'exequatur n'est susceptible d'aucun recours* ». Or, selon l'article 1246, « *La décision qui statue sur une demande d'exequatur d'une sentence arbitrale rendue à l'étranger est susceptible d'appel* », ce qui vise tant les ordonnances de refus que celles qui ont accordé l'exequatur. Il convient de remédier à cette contradiction.

Enfin, l'article 1245 renvoie à l'article 1235, qui dispose encore que l'appel doit être interjeté dans le délai d'un mois à compter de la signification et que ce délai n'est pas susceptible d'augmentation en raison des distances. Ce renvoi est inutile eu égard à l'article 1246, qui prévoit la même chose.

L'article 1247 est imprécis en ce qu'il indique que l'ordonnance d'exequatur peut faire l'objet d'un recours en révision, tandis que, selon le commentaire des articles, « *ce texte étend la possibilité d'un recours en révision aux sentences arbitrales prononcées à l'étranger* ». Or, le recours en révision des sentences arbitrales prononcées à l'étranger devrait s'exercer dans le pays d'origine.

Prévoir en outre la possibilité d'un recours au Luxembourg pour des sentences dont le recours en révision aurait été rejeté dans le pays d'origine a pour conséquence de dédoubler inutilement les litiges.

Au cas où il faudrait effectivement réviser la « sentence », incomberait-il à la Cour d'apprécier le fond du litige et de le rejurer ? Si oui, il y a lieu de donner à considérer qu'il s'agit souvent de litiges très complexes (raison pour laquelle des arbitres hautement spécialisés dans des domaines déterminés avaient été choisis) qui présentent des enjeux financiers importants pour les parties, raison pour laquelle les moyens mis en œuvre pour obtenir gain de cause (recours, plaintes, échanges de conclusions etc...) sont nombreux.

Au cas où il s'agirait de réviser « l'ordonnance d'exequatur », suffirait-il de vérifier l'existence d'une fraude, fausse pièce etc... découverte après le prononcé de la sentence ou de l'ordonnance d'exequatur (sans s'attarder au fond du litige) et d'annuler l'ordonnance ?

En ce qui concerne *l'article 1248*, la Cour s'oppose à tout recours en inopposabilité qui serait formé « *à titre préventif* » et qui risque d'encombrer inutilement les juridictions. En effet, l'exigence d'un intérêt suffisant pour pouvoir exercer un tel recours n'est pas de nature à éviter les abus de procédure. Même si la partie doit justifier d'un intérêt suffisant pour exercer ce recours, la Cour devrait, le cas échéant, se prononcer sur l'existence d'un tel intérêt suffisant afin d'apprécier la recevabilité du recours.

Eu égard aux montants en jeu dans les sentences arbitrales, la partie n'ayant pas obtenu gain de cause aura toujours un intérêt suffisant. La Cour devra ensuite vérifier à titre préventif si une des raisons de refus (article 1246) ou de révision (article 1247) est donnée.

Si, selon *l'article 1249*, l'appel et le recours en révision de l'ordonnance ayant accordé l'exequatur ne sont pas suspensifs, il n'est pas précisé que le recours en inopposabilité n'est pas suspensif. Il semble donc être suspensif. Dès lors, si un tel recours est introduit, l'exequatur peut-il être accordé ou le président du tribunal d'arrondissement devra-t-il néanmoins surseoir à statuer en attendant l'issue du recours en inopposabilité ? Si le président doit surseoir à statuer, l'exequatur sera retardé de plusieurs mois, voire années. Si l'exequatur est accordé, il risque d'y avoir par la suite des décisions contradictoires. La situation se complique encore davantage dans le cas d'un litige indivisible avec plusieurs « *défendeurs* » qui n'introduisent pas tous un recours en inopposabilité.

Concernant *l'article 1250*, il se pose la question de savoir si les mêmes juges peuvent trancher l'appel, le recours en révision contre l'ordonnance d'exequatur et la demande en inopposabilité de la sentence ou s'ils risquent de se voir opposer l'absence d'impartialité du tribunal ou une violation du principe du procès équitable.

Par ailleurs, le rejet d'un recours confère-t-il l'exequatur à la sentence, même si un autre recours est encore pendant ? De même, le rejet de la demande en inopposabilité, formée à titre préventif, confère-t-il l'exequatur même si le juge n'est pas saisi d'une demande en exequatur ?

A l'article 1251, il serait utile de préciser quelle est la juridiction compétente pour connaître de la tierce opposition contre l'ordonnance d'exequatur, le renvoi à l'article 613 du Nouveau Code de procédure Civile n'étant pas suffisant à cet égard. De même, il faudrait préciser quelle est la juridiction compétente pour connaître de la tierce opposition contre la sentence arbitrale rendue à l'étranger.

La Cour donne encore à considérer que la formulation « *que la sentence est mal fondée* » implique un examen du fond de la sentence rendue à l'étranger, qui est cependant exclu dans le cadre d'une demande en exequatur. Un tel examen au fond de la sentence est en outre extrêmement difficile à réaliser dans une affaire qui n'a aucun lien avec le Grand-Duché, qui est souvent d'une énorme envergure et complexité, la sentence elle-même pouvant tenir des centaines de pages, et qui nécessitera probablement l'analyse d'un système juridique, de lois et de jurisprudences radicalement différents et inconnus.

Remarques générales

Le projet de loi prévoit de nombreux recours, tant pour les sentences rendues au Luxembourg que pour celles rendues à l'étranger, qui sont tous (hormis le recours en révision contre une sentence rendue au Luxembourg lorsque le tribunal arbitral peut encore être constitué) portés devant la Cour d'appel. En raison de l'envergure des affaires et de l'intérêt financier considérable en jeu, il est à prévoir que les parties épuiseront toutes les voies de recours qui sont à leur disposition.

Loin d'engendrer une décharge des juridictions étatiques, tel que suggéré dans l'exposé des motifs, ce projet de loi risque ainsi au contraire d'entraîner un surcroît de travail pour les magistrats de la Cour d'appel, qui se verront confrontés à une multiplication des recours possibles dans des affaires d'une grande complexité. Il faudra dès lors très probablement prévoir la création d'une nouvelle chambre spécialisée ou du moins une augmentation des effectifs.

Par ailleurs, en ce qui concerne les sentences rendues à l'étranger, il faut se demander si le projet ne contrevient pas en partie à la Convention de New-York dont l'objet est de promouvoir la reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères et qui ne prévoit qu'un nombre limité de motifs de refus de l'exequatur.

En effet, dans le projet, seul l'article 1246 du Nouveau Code de procédure Civile fait référence (indirectement) à ladite convention, en précisant que « *la Cour ne peut refuser l'exequatur de la sentence arbitrale que dans les cas prévus à l'article 1238, sous réserve des dispositions de conventions internationales* ». Concernant les autres recours, il n'est pas fait référence aux conventions internationales. Or, si les différents recours prévus par le projet sont possibles également en cas de sentences arbitrales soumises à la Convention de New-York, il est à craindre que les parties n'en abusent pour s'opposer à l'exécution des sentences arbitrales étrangères. En cas de recours en révision, la Cour devra vérifier si l'une des conditions de l'article 1247 est donnée. En cas de recours en inopposabilité, la Cour devra vérifier si l'une des conditions de refus mentionnées à l'article 1246 (renvoyant à l'article 1238) ou de révision de l'ordonnance d'exequatur mentionnées à l'article 1247 est donnée. De même, en cas de tierce opposition la juridiction luxembourgeoise compétente devra vérifier si la sentence est « *mal fondée* », c'est-à-dire exercer un contrôle quant au fond. En outre, contrairement à ce qui a été prévu pour le recours contre l'ordonnance d'exequatur et pour le recours en révision, la tierce opposition et le recours en inopposabilité ont un effet suspensif, ce qui ne promouvra pas l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Il suffira en effet d'introduire un tel recours pour éviter l'exécution immédiate de la sentence arbitrale étrangère, ce qui n'est pas dans l'esprit de la Convention de New-York.

La multiplicité des recours entrainera également une grande insécurité juridique et ne favorisera pas forcément le développement de l'arbitrage.

AVIS DU TRIBUNAL D'ARRONDISSEMENT DE ET A LUXEMBOURG

(25.2.2021)

Le projet de loi n° 7671 portant réforme de l'arbitrage et modification du titre I. du Livre III. « Des arbitrages » du Nouveau Code de procédure civile a été soumis pour avis au tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg par Madame le Procureur général d'Etat suivant courrier du 17 septembre 2020.

Le projet de loi vise à moderniser le droit luxembourgeois de l'arbitrage dans l'intérêt du développement de ce mode alternatif de règlement des conflits, s'inscrivant dans un mouvement plus vaste au plan mondial de modernisation de l'arbitrage. Il est largement inspiré par le régime français de l'arbitrage international.

Le projet de loi a vocation à remplacer les actuels articles 1224 à 1251 du Nouveau Code de procédure civile.

L'initiative est louable, alors qu'une procédure d'arbitrage moderne adaptée au monde actuel permettra certainement de désengorger les tribunaux étatiques, notamment dans le domaine des litiges commerciaux internationaux.

Ce texte amène le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg aux réflexions suivantes :

Articles 1224 et 1225 :

pas de commentaires.

Article 1226 :

Cet article traite du sort de l'arbitrage dans le cadre des procédures collectives. Alors qu'il est précisé dans le commentaire de l'article que tant les arbitrages résultant de conventions d'arbitrage conclues avant l'ouverture d'une procédure collective que la possibilité pour les praticiens de l'insolvabilité de conclure de telles conventions ne portent pas préjudice à la mise en œuvre des règles du droit des procédures collectives, l'article en lui-même ne fait pas état de la nécessité de respecter ces règles.

Ne serait-il pas opportun de rajouter au texte de l'article la précision « sans préjudice des règles applicables en droit des procédures collectives » ?

Le tribunal d'arrondissement de Luxembourg approuve la précision qu'il ne peut être compromis sur les contestations nées de la procédure collective, en respect notamment du principe de l'égalité des créanciers qui doit pouvoir être garanti par les juridictions nationales.

Article 1227 :

pas de commentaires

Article 1227-1 :

pas de commentaires

Article 1227-2 :

dans le commentaire de l'article, il est fait référence à l'article 1447 du Code de procédure civile français, qui dispose que la convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Le législateur luxembourgeois se réfère uniquement à la notion de clause compromissoire dans cet article. Il serait préférable d'adopter la formulation adoptée en France, celle-ci intégrant toutes les formes de conventions d'arbitrage.

Article 1227-3 :

le législateur luxembourgeois a choisi d'accorder compétence aux juridictions étatiques pour se prononcer sur la validité d'une convention d'arbitrage, même dans l'hypothèse où le tribunal arbitral a d'ores et déjà été saisi, contrairement au texte français. Aucune explication n'est fournie dans le commentaire de l'article des raisons ayant motivé une telle différence. D'un côté, cela permettrait de ne pas retarder un litige devant les juridictions étatiques lorsqu'il est évident que la convention d'arbitrage n'est pas valable ou illicite, mais de l'autre cela implique que les juridictions étatiques auront à connaître de litiges avant même que le tribunal d'arbitrage d'ores et déjà saisi ne se prononce sur la validité de la convention d'arbitrage et dès lors de la procédure engagée devant lui.

Le tribunal d'arrondissement de Luxembourg considère qu'il est préférable que le tribunal d'arbitrage statue sur sa propre compétence dès qu'il a été saisi.

Article 1227-4 :

pas de commentaires

Articles 1228 :

il est fait référence dans cet article à « la personne qui peut avoir été chargée d'organiser l'arbitrage », notion qui revient fréquemment dans les articles qui suivent. Il serait préférable que cette notion soit définie de manière plus explicite.

Article 1228-1 :

pas de commentaires

Article 1228-2 :

cet article prévoit que les parties sont libres de convenir du nombre d'arbitres, impliquant qu'il peut être décidé de désigner des arbitres en nombre pair. Le tribunal d'arrondissement de Luxembourg constate cependant que le projet de loi, contrairement au Code de procédure civile français, ne prévoit pas de solution dans l'hypothèse où aucune majorité ne peut être obtenue, notamment en présence d'arbitres en nombre pair.

En effet, l'article 1232-1, qui dispose que sauf convention contraire, la sentence arbitrale est rendue à la majorité, ne prévoit pas l'hypothèse où une décision majoritaire ne peut pas être obtenue.

Il convient dès lors de combler cette lacune, soit en prévoyant que le nombre d'arbitres est nécessairement impair, soit en insérant un mécanisme pour parer à une situation de partage, tel que celui figurant à l'actuel article 1238 du Nouveau Code de procédure civile.

Articles 1228-3 et 1228-4 :

pas de commentaires

Article 1228-5 :

cet article prévoit l'éventualité où le juge d'appui, chargé de désigner un ou des arbitres conformément à l'article précédent, constate que la convention d'arbitrage est nulle ou inapplicable. Dans ce cas, il n'y a pas lieu à désignation d'un ou plusieurs arbitres.

Le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg regrette la formule utilisée, copiée mot pour mot du texte français (« le juge d'appui déclare n'y avoir lieu à désignation »), qui semble douteuse linguistiquement et propose de la modifier comme suit : « le juge d'appui déclare qu'il n'y a pas lieu à désignation d'un ou de plusieurs arbitres ».

Articles 1228-6 à 1228-8 :

pas de commentaires

Article 1228-9 :

S'il paraît opportun d'assurer que les arbitres ne démissionnent pas de manière injustifiée, il se pose néanmoins la question des sanctions encourues par un arbitre démissionnaire sans motif légitime et de l'opportunité de maintenir en fonction un arbitre à l'encontre de sa volonté.

Article 1229 :

pas de commentaires

Article 1230 :

s'il est opportun de prévoir une procédure simplifiée de saisine du juge d'appui, les tribunaux étatiques risquent cependant d'être confrontés à des contentieux relatifs au principe de la « connaissance de la requête et de la convocation en temps utile ».

Article 1231 :

le premier alinéa de cet article mériterait d'être précisé. S'il semble distinguer l'arbitrage interne de l'arbitrage international, dont les modalités sont prévues au deuxième alinéa qui ne donne pas à lieu à des commentaires de la part du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, aucune précision n'est donnée à l'alinéa premier sur la nature des règles de droit applicables en dehors de l'arbitrage international, ce qui peut donner lieu à confusion.

Concernant l'alinéa 3, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg considère que la formulation utilisée à l'article 1512 du Code de procédure civile français est préférable.

Articles 1231-1 à 1231-5 :

pas de commentaires

Article 1231-6 :

cet article fixe la durée de la mission du tribunal arbitral, sans cependant se prononcer sur les conséquences du non-respect de cette durée, notamment dans l'hypothèse où aucune prorogation n'est accordée.

Article 1231-7 :

le tribunal d'arrondissement de Luxembourg s'interroge s'il est opportun d'indiquer dans cet article la possibilité accordée au tribunal arbitral de rejeter des demandes d'amendement en y adjoignant une hypothèse isolée dans laquelle un tel rejet peut être prononcé, à savoir le retard, le terme « notamment » suggérant que d'autres causes de rejet peuvent être retenues. Le tribunal d'arrondissement de Luxembourg considère qu'il est préférable soit de supprimer la deuxième partie de la phrase, soit de formuler les causes de rejet des amendements de manière plus générale

Article 1231-8 :

la formulation utilisée « en matière de preuve, le tribunal agit de manière collégiale » ne semble pas adéquate. Le tribunal d'arrondissement de Luxembourg propose de réécrire la première partie de l'article comme suit : « Le tribunal arbitral agit de manière collégiale pour l'exécution des actes d'instruction, ... ».

Au point (2), il est fait état de la possibilité d'obtenir « la délivrance d'une expédition ». Il faudrait préciser, à l'instar de l'article 1469 du Code de procédure civile français, que la demande peut concerner soit des actes authentiques, soit des actes sous seing privé.

L'alinéa 2 du point (2) indique que « le juge d'appui décide conformément à la procédure visée à l'article 1230 alinéas 1 à 5 ». Or, l'article visé, en ce qu'il décrit de manière générale toute procédure devant le juge d'appui, n'a pas à être rappelé, seule une dérogation à la règle générale nécessitant une précision.

Article 1231-9 :

le tribunal s'interroge sur l'opportunité de l'alinéa 5 de cet article.

Articles 1231-10 à 1231-13 :

pas de commentaires

Articles 1232 à 1232-3 :

pas de commentaires

Article 1232-4 :

le fait qu'au dernier alinéa il est prévu que le juge d'appui statue à charge d'appel dans l'hypothèse où il intervient pour interpréter la sentence, réparer les erreurs ou omissions matérielles ou compléter la sentence, n'est-il pas contradictoire avec l'article 1236, suivant lequel la sentence arbitrale n'est pas susceptible de recours devant les juridictions étatiques ? quelle est la justification d'un recours dans l'hypothèse où le juge d'appui prend le relais, alors qu'aucun recours, hormis en annulation ou en révision, n'est accordé contre la sentence arbitrale ?

Article 1232-5 :

pas de commentaires

Articles 1233 à 1242 :

pas de commentaires

Article 1243 :

il y a lieu de s'interroger sur la pertinence du point (5), alors qu'il s'agit d'une application des principes généraux du droit.

Article 1244 à 1245 :

pas de commentaires

Articles 1246 à 1250 :

ces articles, qui traitent de l'appel de la révision et de l'inopposabilité de l'exequatur, prévoient que les différents recours sont formés, instruits et jugés selon les règles relatives à la procédure de droit commun devant la Cour d'appel siégeant selon la procédure civile. Or, tandis que les articles 1247 et 1248 prévoient déjà la procédure en matière de révision et d'inopposabilité, l'article 1250 rappelle le même principe pour les trois procédures concernées. Il y a en conséquence lieu soit de préciser la procédure applicable dans les articles 1246 (appel), 1247 (révision) et 1248 (inopposabilité) et de supprimer le premier paragraphe de l'article 1250, ou de supprimer les indications de procédure dans les articles 1247 et 1248 en maintenant celles-ci de manière groupée à l'article 1250.

Article 1251 :

pas de commentaires

Le tribunal d'arrondissement de Luxembourg ne formule pas de commentaires quant à la disposition transitoire.

Pour le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg le 25 février 2021

*

AVIS DU TRIBUNAL D'ARRONDISSEMENT DE ET A DIEKIRCH

(3.12.2020)

Conc. : Avis sur le projet de loi portant réforme de l'arbitrage

Retourné à Madame le Procureur Général d'Etat comme suite à ses demandes avec les observations suivantes :

La demande d'avis concerne le projet de loi portant réforme de l'arbitrage et prévoit de remplacer les articles 1224 à 1251 du nouveau code de procédure civile qui régissent cette matière.

Remarques articles par articles

Le chapitre I du texte proposé (articles 1224-1226) traite de l'arbitrabilité

Ce chapitre répond à la question quel type de litige peut être soumis à l'arbitrage ou doit être réglé par les tribunaux nationaux.

Le premier alinéa reprend l'ancien article 1224.

A l'alinéa (2) il faudrait remplacer le terme « *on* » par « *toutes personnes* »

Comme ni le texte ni le commentaire des articles ne le précisent il faut se poser la question si le terme *toutes personnes* vise tant les personnes physiques que les personnes morales et si l'Etat et les établissements publics ont la capacité à conclure des conventions d'arbitrage.

Les matières qui ne sont pas expressément exclues par l'article 1225 sont donc arbitrables.

Comme dans le texte actuel, le nouveau texte prévoit expressément la non-arbitrabilité lorsque la cause concerne l'état et la capacité des personnes, les relations conjugales, la représentation des incapables, les causes de ces mêmes incapables et celles des personnes absentes ou présumées absentes.

L'article 1224 (3) nouveau prévoit par ailleurs que « *le tribunal arbitral doit appliquer les règles d'ordre public* ». Il s'agit d'une consécration jurisprudentielle consistant à préciser que même lorsque le litige touche à l'ordre public, il n'est pas pour autant non-arbitrable, mais il appartient dans ce cas au tribunal arbitral d'appliquer les règles d'ordre public.

L'article 1225 énumère les différends qui ne sont pas susceptibles d'être réglés par l'arbitrage :
1. Les litiges entre professionnels et consommateurs ; 2. Les litiges entre employeurs et salariés ;
3. Les litiges en matière de bail d'habitation.

Le terme *professionnel* n'est pas précisé

Il s'agit de litiges où l'équilibre des forces entre parties risque d'être rompu. Il faut toutefois se poser la question si les litiges entre assureurs et assurés, entre banquiers et client etc sont visés par le terme *professionnel*. Il serait opportun de préciser ce terme ou d'énumérer les professionnels au risque d'en oublier quelques-uns. Quid des non-professionnels contractant entre eux ? A défaut d'interdiction, ils peuvent valablement conclure des conventions d'arbitrage bien que leur rapport soit souvent déséquilibré.

Compte tenu des exclusions énumérées à l'article 1225, ne serait-il pas utile d'y ajouter les affaires de droit pénal ?

L'article 1226 traite de l'arbitrage dans le cadre des procédures collectives. En cette matière, il y a lieu d'interdire le recours à l'arbitrage pour les litiges nés de la procédure collective, il appartient en effet à la juridiction étatique d'appliquer des règles identiques pour ces différends.

Le chapitre II (articles 1227-1227-4) est intitulé « de la convention d'arbitrage ».

Le projet de loi retient que la convention d'arbitrage n'est soumise à aucune condition de forme. Or, pour éviter des problèmes de preuve, ne serait-il pas plus utile de prévoir que la convention d'arbitrage doit être faite par écrit et signé par les parties en cause ?

Ce chapitre traite également du contrôle de la compétence du tribunal arbitral et des conséquences. Le tribunal arbitral est habilité à contrôler tant sa propre compétence que l'existence et la validité de la convention d'arbitrage.

Le texte prévoit que « *le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence* ». Ne serait-il pas utile de disposer que « *le tribunal arbitral statue sur sa propre compétence* » étant donné que l'article 1227-3 interdit en principe au juge étatique de se prononcer sur la compétence du tribunal arbitral (cf. commentaire article).

A l'article 1227-2 ne serait-t-il pas préférable de rédiger simplement : « *La clause compromissoire est une clause autonome et sa validité n'est notamment pas affectée par la nullité, la caducité ou la résolution d'autres clauses du contrat* ».

L'article 1227-3 est ambigu et devrait être complété. Est-ce que l'in-arbitrabilité et la nullité doivent avoir été constatées au préalable par le juge arbitral ou est-ce que le juge de droit commun doit le faire ? Est-ce que la validité de la clause compromissoire sera alors examinée dans le cadre de l'exception d'arbitrage soulevée devant le juge étatique ?

Le chapitre III (articles 1228-1228-9) concerne essentiellement la composition du tribunal arbitral.

La volonté des parties devra jouer pleinement étant donné que les parties peuvent régler elles-mêmes tant les modalités de désignation que la composition du tribunal arbitral. Ce n'est qu'en cas d'absence d'accord que le législateur a prévu des modalités de désignations supplétives. Par ailleurs, tout différend lié à la constitution du tribunal arbitral sera à régler par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, à trancher par le juge d'appui.

Se pose toutefois la question s'il est possible de vérifier après coup si le principe de l'égalité des parties au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, par exemple dans le cadre d'un contrat

d'adhésion, a été respecté dans le cadre de la constitution du tribunal alors que souvent une des parties pourrait être tentée d'imposer unilatéralement l'arbitre au moment de la conclusion du contrat.

Seules des personnes physiques peuvent exercer la mission d'arbitre. Comme en matière de nomination d'un expert, lorsque l'arbitre désigné par les parties est une personne morale, le représentant légale de celle-ci devra indiquer la personne physique qui assurera la fonction d'arbitre.

Le point 4) de l'article 1228-4 pourrait éventuellement être biffé puisqu'il semble faire double emploi avec l'article 1228-3. Au point 2) de l'article 1228-4 il y a lieu d'ajouter après « *En cas d'arbitrage par trois arbitres* » les termes « ,lorsque le litige oppose deux parties ».

Il serait utile d'ajouter à l'article 1228-6 : « *L'arbitre est indépendant et impartial. Il doit faire connaître sans délai son acceptation* ».

Est-ce que les décisions quant à la récusation, à la révocation et à la cause légitime d'abstention ou de démission de l'arbitre seront susceptibles d'appel ?

Le chapitre IV (articles 1229-1230) a trait au juge d'appui luxembourgeois.

Comme « *la mission principale du juge d'appui est de résoudre les situations de blocage et les difficultés afférentes au déroulement de la procédure arbitrale* » (cf. commentaire des articles), ne serait-il pas préférable de fixer une compétence subsidiaire générale dans un article afin d'éviter des situations de blocage dans tous les cas non spécialement prévus par un texte.

Pour les affaires urgentes ne pouvant attendre la composition du tribunal arbitral, l'intervention d'un juge d'appui faisant fonction d'arbitre d'urgence pourrait parfois être nécessaire pour notamment prendre des mesures provisoires et conservatoires.

L'article 1230 in fine devrait être complété comme suit : « *siégeant selon la procédure du référé* ».

Le chapitre V (articles 1231 - 1231-13) règle l'instance arbitrale.

Si l'instance arbitrale doit en principe appliquer les règles de droit applicables pour trancher les litiges, les parties ont toutefois également la possibilité de donner au tribunal le pouvoir de statuer comme amiable compositeur. Les arbitres sont alors dispensés de statuer en appliquant les règles de droit mais statuent alors en équité en recherchant la solution la plus adéquate. A noter que « s'ils motivent leur sentence par l'application de la règle de droit, ils doivent alors préciser en quoi celle-ci est conforme à l'équité » (Cass. civ. 2e, 10 juillet 2003 ; P. / D. : Juris Data n°2003-019932).

Il serait préférable que la loi applicable à la procédure choisie par les parties au préalable ou par le tribunal arbitral soit conforme aux règles procédurale et d'ordre public applicables au siège de l'arbitrage.

Dans les autres cas, le tribunal devra, en tout état de cause, observer les règles d'ordre public et plus spécialement le principe du contradictoire et le principe d'égalité de traitement des parties tel que précisé à l'article 1231-3.

En application de l'article 1231-4, la partie, qui en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir. Il s'agit en fait d'un devoir de réaction et de diligence à la charge de la partie qui veut contester la composition, la compétence du tribunal arbitral sinon la loi applicable à la procédure.

Il en résulte qu'une partie, qui conteste la compétence du tribunal arbitral, est irrecevable à se prévaloir lors des débats sur le fond, faute de l'avoir soulevée en temps utile, d'une circonstance dont elle avait eu connaissance dès l'origine et qu'elle s'était abstenue d'invoquer alors même qu'une sentence intermédiaire avait été rendue sur la compétence (cf. Cour de cassation, Chambre civile 1, 11 juillet 2019, 17-20423)

Le principe de confidentialité de la procédure arbitrale expressément prévu à l'article 1231-5 devrait concerner tant l'existence de la procédure d'arbitrage, les audiences, réunions et délibérés que la sentence et les documents remis. La confidentialité s'impose à tous les intervenants quelque soit la durée de la procédure arbitrale, elle devrait perdurer au-delà de la procédure arbitrale proprement dite, sauf dispositions légales contraires.

Il convient toutefois de noter que notamment le recours au juge d'appui et les recours en annulation et en révision de la sentence constituent un tempérament au principe de confidentialité.

Quant à la preuve, il conviendrait de préciser que c'est le tribunal arbitral qui devra décider de l'admissibilité des modes de preuves. Les preuves obtenues contrairement à l'ordre public devraient être rejetées.

Pour ce qui est de la production de pièces, p.ex. contrats, plans, comptabilité, enregistrements, CD, etc. ..., des problèmes se poseront lorsque les éléments de preuve sont couverts par le secret professionnel étant donné que l'article 1231-8 (1) permet de contraindre l'adversaire à produire des documents pour étayer sa défense (principe de la discovery connu dans le système anglo-saxon).

En cas de refus de production de documents, le tribunal arbitral peut assortir son injonction de communiquer d'une astreinte en application de l'article 1231-13.

En cas de demande de production d'une pièce détenue par un tiers, le texte prévoit que la partie demanderesse devra convoquer le tiers devant le juge d'appui. Or, ne serait-il pas plus simple que ce serait également le tribunal arbitral qui pourrait demander les pièces au tiers et requérir l'intervention du juge étatique en cas de refus de communication de ces pièces.

Le tribunal arbitral peut entendre toute personne, y compris les parties, en principe sans prestation de serment, sauf si la loi étrangère prévoit le contraire. Cette disposition permet partant au tribunal arbitral d'entendre toute personne, également les experts, dont la déclaration pourrait être utile et ceci sans avoir à se préoccuper de l'admissibilité juridique des témoignages ou déclarations. Cette disposition permet également au tribunal de refuser d'entendre un témoin proposé et d'entendre toute personne de sa propre initiative. Les arbitres étant des personnes privées, ils n'ont pas compétence pour faire prêter serment, donc seule la loi étrangère de procédure qui donne compétence aux arbitres privés de faire prêter serment peut les habiliter à ce faire. Une prestation de serment permettrait toutefois de faire prendre conscience aux témoins de l'importance de leurs déclarations.

Se pose encore la question de la validité de la pratique du coaching des témoins par l'avocat connue dans le système anglo-saxon ? Le tribunal arbitral devra au préalable se prononcer sur cette question.

Tandis que le juge étatique est compétent pour ordonner des mesures provisoires et conservatoires avant la constitution du tribunal arbitral (article 1227-4), il appartient aux termes de l'article 1231-9 au tribunal arbitral d'ordonner, dès sa constitution, les mesures provisoires et conservatoires, à l'exception des saisies conservatoires (terme « *conservatoires* » à rajouter au texte) susceptibles d'exécution forcée.

Il y a encore lieu de rappeler que l'article 1227-4 donne également compétence au juge étatique après la constitution du tribunal arbitral pour obtenir une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ou conservatoire si le tribunal arbitral ne peut octroyer la mesure recherchée, notamment une mesure provisoire ou conservatoire touchant des tiers.

Comme ce n'est pas spécialement spécifié, se pose la question si le tribunal arbitral pourra ordonner ces mesures sans demande d'une des parties. Il serait partant utile d'ajouter « *à la demande d'une des parties* » et ce notamment pour préserver le caractère contradictoire d'une telle demande.

Est-ce que l'urgence sera le critère à appliquer pour ordonner les mesures provisoires et conservatoires ?

Le tribunal arbitral peut décider que la partie qui lui demande une « *mesure provisoire ou conservatoire fournira une garantie appropriée qui devra être destinée à couvrir les frais et dommages causés à une autre partie en cas de décision ultérieure du tribunal arbitral que la mesure provisoire ou conservatoire n'aurait pas dû être prononcée* ». La partie demanderesse est alors automatiquement responsable, sans faute, du dommage causé à l'autre partie suite à l'exécution de la mesure réclamée.

Se pose encore la question quand le tribunal arbitral se prononcera sur la question du bien-fondé de la mesure qu'il a pourtant ordonnée suite à un débat contradictoire ?

Quid de la responsabilité des arbitres ?

Aux termes de l'article 1231-9, les mesures provisoires et conservatoires ordonnées peuvent être modifiées, complétées, suspendues ou rétractées par le tribunal arbitral. A défaut de dispositions contraires, le tribunal arbitral pourra dès lors, en cas de circonstances nouvelles à signaler sans tarder par une partie, modifier des mesures ordonnées. Il faudrait préciser dans le texte qu'il s'agit uniquement des mesures ordonnées par le tribunal arbitral et non pas de celles ordonnées par le juge étatique, p.ex. avant la constitution du tribunal.

Comme pour les décisions de fond, les décisions du tribunal arbitral ordonnant une mesure provisoire ou conservatoire ne sont pas exécutoires mais nécessitent le recours au juge étatique pour recevoir l'exequatur.

L'article 1231-10 est important dans la mesure où il permet de limiter les délais. Il serait toutefois utile de fixer des délais de réaction.

Si *l'article 1231-12* permet l'intervention de tiers, encore faut-il relever que la convention clause d'arbitrage a un champ d'application limité et ne peut être étendue à des tiers au contrat, problème qui se pose notamment en matière de contrats de franchise et d'approvisionnement et de transmission de contrats.

Le chapitre VI) (article 1232-1235-5) qui traite de la sentence arbitrale

L'article 1232 pose le principe des délibérations secrètes mais permet, de l'accord des parties, aux différents arbitres de faire connaître leur opinion personnelle. Est-ce que dans ce cas l'indépendance et l'impartialité des arbitres et la bonne exécution de la sentence arbitrale sont encore garantis ?

A *l'article 1232-4* qui permet au tribunal arbitral d'interpréter la sentence, de réparer les erreurs et omissions matérielles ou de la compléter, il serait utile d'ajouter « *sans toutefois dénaturer la décision rendue* ».

Le chapitre VII) (articles 1233 - 1251) qui concerne l'exécution de la sentence et les voies de recours

Ce chapitre fait la distinction entre les sentences rendues au Luxembourg et les sentences rendues à l'étranger.

S'agissant d'un mode privé conventionnel de règlement des conflits, la sentence n'est en tant que telle pas susceptible d'opposition, d'appel ou de pourvoi en cassation devant une juridiction étatique.

La sentence arbitrale rendue au Luxembourg peut toutefois, dans un délai d'un mois à partir de sa notification, faire l'objet d'un recours en annulation devant la Cour d'appel dans des cas limitativement prévus. Ce recours est possible pour des décisions qui tranchent de manière définitive, en tout ou en partie, le litige qui est soumis au tribunal arbitral. Les motifs d'annulation sont relatifs, d'une part, à la compétence et à la composition du tribunal arbitral ainsi qu'au respect de sa mission et d'autre part, au respect des droits de la défense et de l'ordre public.

Il faut se demander si le point 4° de l'article 1238 (le principe du contradictoire n'a pas été respecté) ne fait pas double emploi avec le point 7 du même article (s'il y a eu violation des droits de la défense). Il convient de noter que la Cour d'appel ne peut réviser la décision quant au fond ni contrôler, le cas échéant, la juste application des règles de droit par le tribunal arbitral.

La recevabilité d'un recours en annulation de la sentence emporte recours contre l'ordonnance d'exequatur.

Or, même sans recours des parties, l'exequatur ne pourra être accordé si la sentence est manifestement contraire à l'ordre public luxembourgeois.

Bien que le recours en annulation de la sentence ne soit pas suspensif, les parties ont toutefois la possibilité de saisir la Cour d'appel par requête pour voir arrêter ou aménager l'exécution de la sentence si cette exécution est susceptible de léser gravement les droits de l'une des parties. Cette disposition accorde une grande liberté d'appréciation à la Cour. Afin de ne pas mettre à néant le caractère de rapidité de l'arbitrage ne serait-il pas utile de prévoir une procédure accélérée non seulement pour la demande en aménagement de la sentence mais encore pour le recours en annulation.

Si la sentence arbitrale a l'autorité de la chose jugée dès qu'elle est rendue (article 1232-3), elle n'a, compte tenu de sa nature privée, toutefois pas de plein droit de force exécutoire. A défaut d'une exécution volontaire de la décision par les parties, une décision d'exequatur est partant nécessaire.

Pour les sentences rendues au Luxembourg, il faut une ordonnance d'exequatur du président du tribunal d'arrondissement dans le ressort duquel la sentence a été rendue, pour les sentences rendues à l'étranger, il y a lieu de saisir le président du tribunal d'arrondissement dans le ressort duquel la personne contre laquelle l'exécution est demandée a son domicile et, à défaut de domicile, sa résidence.

Tandis que toutes les décisions qui statuent sur une demande d'exequatur d'une sentence arbitrale rendue à l'étranger sont susceptibles d'appel (article 1246), l'ordonnance qui accorde l'exequatur d'une sentence rendue au Luxembourg n'est susceptible d'aucun recours. Seule l'ordonnance refusant l'exequatur peut être frappée d'appel devant la Cour d'appel dans un délai d'un mois à compter de sa signification. Or, cette disposition est à relativiser dans la mesure où l'article 1237 prévoit que le recours en annulation de la sentence emporte de plein droit recours contre l'ordonnance du juge ayant statué sur l'exequatur. Le rejet du recours en annulation confère l'exequatur à la sentence arbitrale.

Il serait utile de préciser que les cas de refus de l'exequatur sont ceux pouvant motiver le recours en annulation de la sentence.

Les sentences arbitrales rendues au Luxembourg sont également susceptibles d'un recours en révision (article 1243). Or ce recours ne sera, sauf l'hypothèse d'impossibilité de former le tribunal arbitral, pas examiné par les juridictions étatiques mais sera porté devant le tribunal arbitral. Les cas d'ouverture sont essentiellement basés sur la fraude. Le tribunal arbitral devra dès lors dans un premier temps se prononcer sur la recevabilité et le bien fondé du moyen de révision et par la suite il devra à nouveau statuer sur le litige initial.

Pour les sentences arbitrales rendues à l'étranger, l'ordonnance d'exequatur peut faire l'objet d'un recours en révision pour les mêmes cas d'ouverture que ceux prévus pour le recours en révision contre les sentences arbitrales rendues au Luxembourg. Le recours en révision est alors porté devant la Cour d'appel selon les règles relatives à la procédure de droit commun.

Est-ce que le recours en révision contre la sentence arbitrale rendue au Luxembourg aura un effet suspensif ? Est-ce que, comme dans le cadre du recours en annulation, le tribunal arbitral ou le juge d'appui pourront ordonner un arrêt ou un aménagement de l'exécution de la sentence ? Il serait utile de clarifier ce point pour les recours en révision contre la sentence arbitrale rendue au Luxembourg étant donné que l'article 1249 qui retient que l'appel et le recours en révision de l'ordonnance ayant accordé l'exequatur ne sont pas suspensifs et qui prévoit la possibilité d'arrêt et d'aménagement de la sentence ne concerne que les sentences rendues à l'étranger.

L'article 1248 qui permet à chaque partie à une sentence rendue à l'étranger de demander à la Cour d'appel de lui déclarer inopposable la sentence, ne fait-il pas double emploi avec l'appel et le recours en révision étant donné que la demande en inopposabilité ne peut être exercée que par les parties à la sentence arbitrale et celles-ci doivent justifier d'un cas de refus de l'exequatur ou d'un cas de révision. Ce recours porte en effet à confusion dans la mesure où dans le commentaire de l'article 1248, ce recours est qualifié de recours en annulation.

Dans la mesure où l'article 1250 retient que l'appel, le recours en révision et la demande en inopposabilité sont formés, instruits et jugés selon les règles relatives à la procédure de droit commun devant la Cour d'appel siégeant selon la procédure civile, le paragraphe 2 de l'article 1247 et la dernière phrase de l'article 1248 pourront être biffés puisqu'ils reprennent la même disposition.

Dans le projet de loi sous avis, le coût de l'arbitrage, notamment les frais procéduraux comprenant les honoraires des arbitres et la rémunération des experts, n'a pas été traité. Se pose ainsi la question de savoir qui fixe les honoraires des arbitres si la convention d'arbitrage ne prévoit pas expressément la référence à un règlement d'arbitrage. Il serait utile de prévoir des critères fixant la méthode de calcul des frais de l'arbitrage de nature à permettre aux parties de déterminer à l'avance le coût en vue du choix pour cette procédure.

Pour conclure, il faut espérer que la partie perdante accepte le plus souvent la sentence arbitrale et l'exécute spontanément pour faire prévaloir l'esprit de l'arbitrage à savoir la souplesse procédurale et la confidentialité.

Le texte proposé n'appelle pas d'autres observations particulières.

Pour le Tribunal d'arrondissement de Diekirch,

Chantal GLOD
Vice-Présidente

AVIS DE LA JUSTICE DE PAIX D'ESCH-SUR-ALZETTE

(6.11.2020)

La Justice de paix d'Esch-sur-Alzette n'a pas d'observations à formuler au sujet du projet de loi portant réforme de l'arbitrage et modification du titre I. du Livre III. « Des arbitrages » du Nouveau Code de procédure civile.

Esch-sur-Alzette, le 6 novembre 2020

Annick EVERLING
Juge de paix directeur

