

N° 7671⁴

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**

* * *

**AVIS DE L'ASSOCIATION LUXEMBOURGEOISE
D'ARBITRAGE****CONSIDERATIONS GENERALES**

A une époque où de nombreuses transactions économiques deviennent de plus en plus sophistiquées, la possibilité de régler des litiges complexes, impliquant régulièrement des parties de plusieurs pays, en dehors des juridictions étatiques est considérée par de nombreux acteurs économiques comme une nécessité. L'arbitrage constitue la voie de choix pour un tel règlement en ce qu'il permet de confier la résolution du litige à des experts choisis par les parties, selon des règles qu'elles auront acceptées, dans la langue et au lieu convenus. Il présente par ailleurs l'avantage de permettre aux parties de voir leur différend tranché définitivement en une seule instance, sans possibilité d'appel, et, si elles le désirent, de laisser aux arbitres la possibilité de statuer en amiables compositeurs au cas où la solution découlant de la pure application des règles de droit leur paraîtrait inéquitable.

Depuis sa création en 1996, L'Association Luxembourgeoise d'Arbitrage (ci-après « LAA ») s'est donnée pour mission de promouvoir l'arbitrage et le Luxembourg comme place internationale d'arbitrage. Elle y œuvre en étroite collaboration avec la Chambre de commerce et son Centre d'arbitrage. La LAA ne peut donc accueillir qu'avec grande satisfaction le présent Projet. Les dispositions de celui-ci ne lui sont pas inconnues puisque de la plupart des membres du Think Tank, dont les travaux ont inspiré le projet, sont également membre de la LAA.

Comme le note l'exposé des motifs du Projet, les articles 1224 à 1251 du NCPC méritent d'être rafraîchis afin de mieux correspondre aux besoins et pratiques de l'arbitrage commercial moderne. Dans cette perspective, le projet de loi propose une révision d'ensemble de ces articles qui trouvent leur source d'inspiration dans la loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et dans les droits français et belge dont les réformes récentes s'appuient à leur tour sur le standard de cette loi-type.

Les articles du Projet n'appellent de ce fait que des commentaires ciblés de la LAA qui sont exposés ci-dessous. Tous ne visent, d'ailleurs, pas à suggérer une modification du texte proposé mais proposent seulement certains éléments de clarification, en particulier s'agissant du sens des dispositions purement supplétives.

*

COMMENTAIRE DES ARTICLES*Concernant l'article 1225 du Projet*

La LAA note que le Projet exclut l'arbitrage pour les litiges entre professionnels et consommateurs, les litiges entre employeurs et salariés et les litiges en matière de bail d'habitation et « même après la fin des relations contractuelles ».

Il n'est guère discutabile qu'une clause compromissoire à laquelle consentiraient les parties censées se trouver en position de faiblesse dans les relations contractuelles visées risquerait de porter atteinte à leur protection et doit dès lors être considérée comme non valable.

Il est moins certain, cependant, si cette protection doit être étendue aux mêmes personnes lorsque le litige à régler est déjà né, puisqu'elles devraient à ce moment être à même d'apprécier librement si elles souhaitent se soumettre à une procédure d'arbitrage. Elles peuvent bien transiger à ce moment avec la personne – professionnel, employeur ou bailleur – avec laquelle elles se trouvent en litige. Pourquoi ne pourraient-elles alors accepter un compromis d'arbitrage ?

La LAA donne à considérer que les droits belge et français ne retiennent pas à ce sujet l'exclusion préconisée par le Projet.

Ainsi, en droit français, un consommateur peut valablement consentir à un compromis d'arbitrage avec un professionnel dès lors que le contrat de consommation en cause est déjà conclu (V. E. Loquin, *L'arbitrage des litiges en droit de la consommation*, in *Vers un Code européen de la consommation*, éd. Bruylant, 1998, p. 357, spéc. p. 361 et s.).

Il en est de même pour le salarié qui peut valablement s'engager par un compromis d'arbitrage dès lors que son contrat de travail a pris fin. Comme l'a jugé la Cour d'appel de Paris, la compétence exclusive du conseil de prud'hommes « *ne fait pas obstacle à la conclusion, entre les parties, d'un compromis d'arbitrage après la rupture du contrat de travail* » (Cour d'appel de Paris, 14 décembre 1990, n°89-16638).¹ La même solution prévaut en Belgique.²

Pour les hauts cadres d'une entreprise, le recours à l'arbitrage postérieurement à la rupture de leur contrat de travail peut être une solution plus protectrice de leurs intérêts que de voir leur litige avec leur ancien employeur débattu en public devant les tribunaux.

S'agissant des litiges en matière de bail d'habitation, il convient de noter que le droit français, qui comporte également une législation très protectrice des locataires, permet à ceux-ci de convenir d'un compromis d'arbitrage à l'expiration du contrat de bail.³

Aussi la LAA s'interroge si la dernière phrase de l'article 1225 du Projet ne mériterait pas d'être supprimée et remplacée par une phrase indiquant au contraire que l'interdiction cesse après la fin des relations contractuelles.

Concernant l'article 1227-3 du Projet

Le premier alinéa de l'article 1227-3 du Projet énonce la règle importante selon laquelle une juridiction étatique doit, sauf dans des situations tout à fait exceptionnelles, se déclarer incompétente pour statuer sur un litige que les parties ont décidé de soumettre à l'arbitrage.

Ce principe ne devrait souffrir que trois exceptions à savoir :

- le caractère illicite de la convention d'arbitrage en raison de l'inarbitrabilité de la cause,
- le caractère manifestement nul de la convention d'arbitrage ou
- l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage.

Le 1^{er} alinéa de l'article 1227-3 du Projet étend de façon malencontreuse cette exception en visant « toute autre cause » pour laquelle la convention d'arbitrage serait « nulle ou inapplicable ». La LAA est d'avis que cette extension présente un grave risque de voir un juge national s'engager dans un examen étendu de la validité ou de l'applicabilité de la convention d'arbitrage, examen qui, d'après l'article 1227-2 du Projet est de la compétence du tribunal arbitral.

1 En France, le recours à l'arbitrage et à la médiation pour régler les litiges nés d'un contrat de travail est au contraire (voir la création du centre de médiation et d'arbitrage dédié entièrement au règlement des litiges du travail – le CMAT – <https://cmat travail.fr/>).

2 Voir Guy Keutgen et Georges-Albert Dal, Bruylant, 3e éd., 2015, p. 121-122 : « *sous réserve des exceptions prévues par la loi, est nulle de plein droit toute convention d'arbitrage conclue avant la naissance d'un litige dont le tribunal du travail doit connaître en vertu des articles 578 à 583 du Code judiciaire (art. 1678 par. 2). Ce prescrit vise de tout évidence à protéger la partie considérée comme économiquement faible en lui interdisant de renoncer à son droit de recourir à une juridiction étatique aussi longtemps qu'elle est dans un état de dépendance. Il n'interdit pas de soumettre les litiges relevant du tribunal du travail à l'arbitrage, mais règlemente uniquement le moment auquel ils peuvent l'être (C. trav. Mons, 15 novembre 1979, rev. Reg. Dr., 1980, p. 141 avec une note de L. DERMINE)* ».

3 D. Veaux, Conventions d'arbitrage : compromis et clause compromissoire : JCl. Civil Code, Art. 2059 à 2061, n°20 : « *le preneur ne peut conclure un compromis sur les droits que la lui lui accorde à titre impératif qu'après l'expiration du contrat de bail, parce que c'est seulement à ce moment-là qu'il dispose des droits sur lesquels porte l'arbitrage* »

Le danger est d'autant plus grand que le Projet se distance de l'article 1448 du code de procédure civil français dont il reprend, pour l'essentiel, les termes, mais en supprimant les deux occurrences du qualificatif « manifestement ».

L'exigence qu'un juge étatique doit se déclarer incompétent pour juger le litige en présence d'une convention d'arbitrage sans pouvoir s'engager dans un examen approfondi de celle-ci est connue sous l'expression de l'effet négatif du principe compétence-compétence.

En France, la Cour de cassation impose le strict respect de cette exigence en censurant les décisions des juges du fond qui considèrent la clause compromissoire inapplicable après avoir procédé à un examen approfondi des relations contractuelles entre les parties (Cass. 1^{re} civ., 13 sept. 2017, no 16-22.326). »⁴ La doctrine en conclut que « [l]e caractère manifeste doit « se constater comme un fait, sans que soit nécessaire aucun raisonnement ou discussion »⁵. En d'autres mots, les juge étatique doit se limiter à un examen superficiel de la validité de la convention d'arbitrage.

La LAA est donc d'avis que le texte du 1^{er}, alinéa de l'article 1227-3 du Projet devrait être corrigé comme suit :

« Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si la convention d'arbitrage est illicite à raison de l'inarbitrabilité de la cause, manifestement nulle ou manifestement inapplicable. »

Cette formulation reprend celle préconisée par le Think Tank.

Concernant l'article 1227-4 du Projet

La possibilité que prévoit l'article 1227-4 du Projet de demander à un juge étatique une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ou conservatoire tant que le tribunal arbitral n'est pas encore constitué ou lorsqu'il n'est pas en mesure d'octroyer cette mesure risque de se trouver en conflit avec les solutions que prévoient dans de telles circonstances de nombreux règlements d'arbitrage, auxquels les parties ont pu se soumettre, sous la forme, en particulier de l'intervention d'un arbitre d'urgence (*emergency arbitrator*).

Il conviendrait de ce fait de restreindre cette option aux cas où il n'existe pas d'autres solutions à la disposition des parties tel que l'envisage notamment l'article 44 (5) du UK Arbitration Act de 1996 selon lequel une partie ne peut solliciter une mesure provisoire ou conservatoire d'un juge étatique qu'à condition que « *the arbitral tribunal, and any arbitral or other institution or person vested by the parties with powers in that regard, has no power or is unable for the time being to act effectively* ».

Par ailleurs, dans l'hypothèse, ainsi restreinte, où la mesure peut être demandée au juge étatique il serait utile de préciser que la demande doit être portée devant le juge d'appui afin de permettre que celle-ci soit traitée en présence de l'autre partie et dans un laps de temps assez court.

Concernant l'article 1228-2 du Projet

Le recours à un arbitre d'urgence (*emergency arbitrator*), que prévoient de nombreux règlements d'arbitrage, comme cela a déjà été observé ci-dessus, gagnerait à être évoqué sous cet article qui traite de la nomination des arbitres.

La désignation d'un arbitre d'urgence s'opère en effet selon des règles particulières. Il faut éviter qu'en raison de ce régime spécifique, cette désignation ne soit pas couverte par l'article 1228-2 du Projet.

L'ajout pourrait se faire aisément en changeant légèrement les termes de l'alinéa 1^{er} de la manière suivante :

« La convention d'arbitrage peut, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure, désigner le ou les arbitres, en ce inclus un arbitre d'urgence, ou prévoir les modalités de leur désignation. »

En l'absence de convention, il est prévu qu'il sera nommé trois arbitres. Etant donné que l'absence de précision quant au nombre d'arbitres dans la convention d'arbitrage laisse à penser que les parties ne connaissent pas le mécanisme de l'arbitrage, la LAA s'interroge sur l'intérêt de prévoir qu'un seul arbitre serait nommé, l'imparité serait respectée et cela permettrait de ne pas exposer de telles parties

4 Le Lamy, Droit du Contrat ; section 3307 Arbitrage et compétence du juge étatique (Mis à jour 07/2020).

5 Bertrand Moreau, Application du principe compétence-compétence (art. 1448 CPC), RJ com. 2015, p. 24.

aux coûts engendrés par un tribunal de trois arbitres. Enfin, dans l'éventualité où les parties souhaiteraient au final avoir trois arbitres, elles seraient en mesure d'en convenir.

L'alinéa 2 de l'article 1228-2 du Projet pourrait être modifié comme suit :

« Les parties sont libres de convenir du nombre d'arbitres. Faute d'une telle convention, le tribunal sera composé d'un arbitre. »

Concernant l'article 1228-5 du Projet

Le premier alinéa de l'article 1228-5 du Projet appelle les mêmes observations que celles formulées ci-dessus à propos de l'article 1227-3 du Projet.

Le strict respect de l'effet négatif du principe dit compétence-compétence requiert, d'une part, de restreindre les causes pour lesquelles le juge d'appui peut décider de rejeter la désignation d'un arbitre et d'autre part, d'élever le standard aux situations d'une convention d'arbitrage manifestement nulle ou manifestement inapplicable. Pour les mêmes raisons, la LAA suggère que l'expression « pour toute autre raison » ne figure pas dans l'article 1228-5.

Le 1^{er} alinéa de l'article 1228-5 du Projet devrait ainsi être formulé de la manière suivante :

« Si le litige est inarbitrable ou si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable, le juge d'appui déclare n'y avoir lieu à désignation. »

Concernant l'article 1228-6 du Projet

Inspiré de l'article 1456 alinéa 2 du Code de procédure civile français, l'article 1228-6 du Projet manque d'obliger l'arbitre qui devrait révéler aux parties une circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité de le faire avant même d'accepter sa mission et, au cas où une telle circonstance apparaîtrait ultérieurement, de le faire sans délai.

La célérité avec laquelle les parties doivent être prévenues s'impose tout particulièrement en raison du délai d'un mois dont disposent les parties, selon l'alinéa 2 de l'article 1228-7 du Projet, pour entamer le cas échéant une procédure de récusation.

En étant prévenues au plus tôt, les parties pourront mener leurs investigations quant au fait révélé sans être forclos pour engager une action en récusation.

La LAA estime que l'article 1228-6 du Projet devrait être amendé de la manière suivante :

« Il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission. »

Cette formulation reprend celle préconisée par le Think Tank.

Concernant l'article 1228-9 du Projet

La LAA s'interroge si l'expression « révélation ou la découverte du fait litigieux » au 2^e alinéa de l'article 1228-9 du Projet est vraiment appropriée dans le contexte de cette disposition.

Plus qu'un fait litigieux, susceptible de justifier une récusation de l'arbitre, le cas de figure envisagée ici est un empêchement de l'arbitre, résultant par exemple de son incapacité ou d'un problème de santé ou d'une autre cause légitime d'abstention ou de démission.

Pour éviter toute confusion avec les cas de récusation, la LAA suggère de réécrire l'alinéa 2 de l'article 1228-9 de la manière suivante :

« En cas de différend sur la réalité du motif invoqué, la difficulté est réglée par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, tranchée par le juge d'appui, saisi dans le mois qui suit le décès, la démission, l'empêchement ou l'abstention d'un arbitre.»

Concernant l'article 1230 du Projet

Concernant l'alinéa 4 de cet article, les commentaires mentionnent à juste titre qu'il est nécessaire d'assurer un mode de saisie simple du juge d'appui. Dans ce même esprit, il pourrait être suggéré que la convocation liée à la requête soit, en plus de la lettre recommandée ou en remplacement de cette dernière, également envoyée par courrier électronique à la partie défenderesse par le greffe.

La réserve contenue à l'alinéa 6 de l'article 1230 du Projet – « *Sauf disposition contraire* » – se réfère a priori à l'article 1228-5 alinéa 2 du Projet selon lequel le juge d'appui peut rejeter, pour les causes précisées, une demande de désignation d'arbitre.

Pour éviter toute incertitude quant à la portée de la réserve en cause, la LAA suggère de reformuler le dernier alinéa de l'article 1230 du Projet comme suit :

« Le juge d'appui statue par ordonnance non susceptible de recours, sous réserve de l'article 1228-5 alinéa 2. L'appel, dans ce dernier cas, est introduit, instruit et jugé dans les formes de l'article 939 du présent Code. »

Concernant l'article 1231 du Projet

L'alinéa 2 de l'article 1231 du Projet réserve l'élection par les parties des règles de droit selon lesquelles le tribunal devra trancher le litige ou, à défaut d'un tel choix, leur identification par le tribunal aux seuls litiges internationaux.

Cette limitation surprend en ce que le Projet dit, dans son exposé des motifs, rejeter la distinction entre les arbitrages internationaux et les arbitrages internes, sur laquelle est articulé le droit français.

Pour rester cohérent avec cette orientation, que la LAA salue, il conviendrait donc ou bien de ne pas prévoir de telle limitation dans l'alinéa 2 ou bien d'utiliser une expression différente telle que celle de « la matière internationale » telle qu'elle est comprise en droit international privé. La première voie est plus libérale et s'accorde le mieux avec le caractère intrinsèquement international de nombreuses transactions qui ont pour point d'attache le Luxembourg. C'est celle qui a la préférence de la LAA.

La LAA suggère que l'alinéa 1 de cet article soit reformulé de la manière suivante :

« Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies, ou à défaut, celles que le tribunal arbitral estime appropriées. »

Concernant l'article 1231-1 du Projet

L'article 1231-1 du Projet devrait faire partie des règles supplétives du chapitre V du Projet et réserver ainsi le cas d'une convention contraire des parties aussi bien que d'une disposition contraire d'un règlement d'arbitrage auquel les parties se sont référées.

Il n'est pas inhabituel pour les règlements d'arbitrages de prévoir en effet que la procédure commence non point au moment de l'expédition de la demande d'arbitrage, mais au moment où celle-ci est reçue par l'institution d'arbitrage qui a édicté le règlement.

Il convient dès lors de réserver expressément le cas d'une convention contraire.

Il convient, par la même occasion, de préciser du moins dans le commentaire des articles que la réserve d'une convention ou d'une stipulation contraire des parties, qui apparaît en particulier aux articles 1231-7, 1231-8, 1231-9, 1231-10, 1231-11, 1231-12, 1232, 1232-1, 1232-2, 1232-3 et 1232-5 du Projet englobe l'hypothèse d'un tel choix des parties par le renvoi à un règlement d'arbitrage, renvoi par lequel les dispositions de celui-ci intègrent la convention des parties.

Quant à l'article 1231-1 du Projet, la LAA propose de l'amender comme suit :

« Sauf convention contraire des parties, la procédure arbitrale commence à la date à laquelle la demande d'arbitrage est expédiée par le demandeur au défendeur ou, si cette date est antérieure, celle où cette demande est expédiée à la personne chargée de l'organisation de l'arbitrage par les parties. »

Concernant l'article 1231-5 du Projet

La LAA se félicite de voir que le Projet instaure le principe de la confidentialité de l'arbitrage. D'autres législations comme celles de l'Australie, de la Nouvelle-Zélande ou encore du Pérou en font de même. Cette règle contribuera à hisser le Grand-Duché au rang des places d'arbitrage recherchées.

Comme le note, à juste titre les commentaires sous cet article, le principe n'est pas en tension avec les règles régissant les arbitrages d'investissements, en particulier ceux organisés sous l'égide du CIRDI (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements). Le niveau de confidentialité ou de transparence y dépend de l'accord entre les parties, du traité applicable et des décisions du tribunal. Eu égard à la place prédominante du Luxembourg au sein de l'Union européenne comme exportateur de capitaux et du nombre croissant d'investisseurs luxembourgeois impliqués dans les arbitrages d'investissements, il était important de le noter.

S'agissant de la portée de la confidentialité par défaut, celle-ci devra être respectée non seulement par les arbitres, le secrétaire de tribunal, les personnes en charge de l'institution d'arbitrage mais aussi

par toute personne impliquée à l'arbitrage. Concrètement, il faudra ainsi que les parties recherchent le même engagement de confidentialité de la part de tous ceux qu'elles impliquent dans l'arbitrage (représentant d'une partie, témoin factuel, expert, *third party funders* ou encore prestataires de services (sténographe, interprète, etc.)).

Finalement, il convient de noter le principe de confidentialité de la procédure arbitrale ne devrait pas, à moins que les parties n'en conviennent autrement, empêcher de fournir à des tiers désignés une information sur l'existence, le statut ou encore le résultat d'une procédure d'arbitrage. Sont concernés notamment une société mère, les actionnaires, les réviseurs d'entreprise ou encore les assureurs d'une partie à l'arbitrage.

Concernant l'article 1231-8 du Projet

Le paragraphe 2 de cet article permet à la partie à l'instance arbitrale qui entend faire état d'une pièce détenue par un tiers, de convoquer ce tiers devant le juge d'appui aux fins d'obtenir la délivrance d'une expédition ou la production de la pièce.

Cette disposition aboutit à conférer au juge d'appui luxembourgeois une compétence internationale à l'égard de tiers qui n'ont ni domicile, ni résidence au Luxembourg et n'auront aucunement accepté cette compétence. Celle-ci découle, en effet, conformément aux articles 1229 et 1230 du Projet du seul choix des parties à l'arbitrage ou du lien significatif entre le litige et le Luxembourg.

La solution est difficilement défendable vis-à-vis d'un tiers étranger. La portée exagérée de la compétence du juge d'appui que préconise le Projet provient sans doute d'une transposition imparfaite de la solution qui a cours en France, en vertu des articles 1469 et 1506, 3e du Code de procédure civile qui, contrairement à l'article 1231-8 du Projet, se contente cependant de renvoyer au critère du domicile du défendeur.

La LAA suggère donc de renoncer à conférer sur ce sujet une compétence internationale au juge d'appui vis-à-vis de tiers sans lien avec le Luxembourg en reformulant le 1^{er} alinéa de l'article 1231-8 (2) comme suit :

« (2) Si une partie à l'instance arbitrale entend faire état d'une pièce détenue par un tiers, qui a son domicile ou sa résidence au Luxembourg, elle peut convoquer ce tiers devant le juge d'appui aux fins d'obtenir la délivrance d'une expédition ou la production de la pièce.»

Le paragraphe 3 de l'article 1231-8 du Projet s'inspire du code judiciaire belge lorsqu'il renvoie pour la vérification des actes authentiques pertinents devant « le tribunal compétent ». Si cette solution peut s'expliquer dans un contexte européen, elle risque cependant de poser difficulté sur un plan plus large puisqu'elle suppose que la vérification d'un acte authentique est nécessairement la compétence d'un tribunal, ce qui n'est peut-être pas le cas dans tous les pays. Au surplus, la suspension automatique des délais de l'arbitrage jusqu'au jour où le tribunal arbitral aura connaissance d'une décision coulée en force de chose jugée sur l'incident risque de paralyser la procédure pendant un délai indéfini.

Aussi, la LAA s'interroge si cette règle ne devrait pas être formulée dans des termes quelque peu plus souples qui pourraient se présenter ainsi :

« Pour les demandes relatives à des actes authentiques pertinents, le tribunal arbitral délaisse les parties à se pourvoir dans le délai qu'il détermine devant le tribunal ou l'autorité compétente. Le tribunal pourra décider de suspendre les délais de l'arbitrage jusqu'au jour où il aura eu communication par la partie la plus diligente d'une décision définitive sur l'incident. »

Concernant l'article 1231-9 du Projet

L'article 1231-9 du Projet organise le pouvoir d'un tribunal arbitral d'ordonner aux parties l'exécution de toute mesure provisoire ou conservatoire qu'il juge opportune. Il permet opportunément au tribunal arbitral de prendre une telle décision, comme cela est possible en droit belge, sous la forme d'une sentence arbitrale ou sous une autre forme telle que « par exemple une ordonnance ou une simple lettre écrite ».⁶

⁶ M. DAL, « La nouvelle loi sur l'arbitrage », o.c., p. 790 ; O. CAPRASSE et D. DE MEULEMEESTER, « De Arbitrale Uitspraak », o.c., p. 43 ; G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit international*, T. I – Le droit belge, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 429.

En son dernier alinéa, l'article 1231-9 tient compte du fait qu'un tribunal arbitral ne pourra jamais assortir sa décision de la force exécutoire, ce pouvoir faisant partie du pouvoir réservé aux juges étatiques.

La disposition en question se contente cependant de prévoir en des termes peu précis que « [l]a reconnaissance ou la déclaration de la force exécutoire d'une mesure provisoire ou conservatoire ne peut être refusée (par le juge étatique) que pour les motifs applicables aux décisions au fond ».

La solution trouve son inspiration dans la loi-type de la CNUDCI et la manière dont elle a été reprise par le droit belge, sans donner les précisions que contiennent la loi-type et le code judiciaire belge quant aux modalités procédurales d'une demande en reconnaissance ou la déclaration de force exécutoire ni quant aux motifs plus précis pour lesquels elle pourrait être refusée.

La LAA estime qu'il conviendrait de pallier cette imprécision en complétant la règle et propose, à cet effet, d'introduire trois nouveaux articles dans le Projet de loi, sous les numéros 1231-10, 1231-11 et 1231-12 qui auraient la teneur suivante :

« **Art. 1231-10** 1) Une mesure provisoire ou conservatoire prononcée par un tribunal arbitral est reconnue comme ayant force obligatoire et, sauf indication contraire du tribunal arbitral, est déclarée exécutoire par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg quel que soit le pays où elle a été prononcée sous réserve des dispositions de l'article 1231-11.

2) La demande est introduite auprès du président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg siégeant comme en matière de référé. La saisine s'opère par voie de requête, l'autre partie présente ou appelée par le greffe par lettre recommandée et courrier électronique.

3) Le président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg statue par ordonnance non susceptible de recours.

Art. 1231-11 1) La reconnaissance ou la déclaration de la force exécutoire d'une mesure provisoire ou conservatoire ne peut être refusée que dans les circonstances suivantes :

a) à la demande de la partie contre laquelle cette mesure est invoquée, si cette dite partie apporte la preuve :

- (i) que ce refus est justifié par les motifs exposés à l'article 1238 ; ou
- (ii) que la décision du tribunal arbitral concernant la constitution d'une garantie en rapport avec la mesure provisoire qu'il a prononcée n'a pas été respectée; ou
- (iii) que la mesure provisoire ou conservatoire a été rétractée ou suspendue par le tribunal arbitral ou, lorsqu'il y est habilité, annulée ou suspendue par le tribunal de l'Etat dans lequel a lieu l'arbitrage ou conformément à la loi selon laquelle cette mesure a été accordée;

ou

b) si le président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg constate que l'un des motifs suivants s'applique à la reconnaissance et à la déclaration exécutoire de la mesure provisoire ou conservatoire :

- (i) l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par arbitrage; ou
- (ii) la reconnaissance ou l'exécution de la mesure serait contraire à l'ordre public

2) Toute décision prise par le président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg pour l'un des motifs visés à l'alinéa 1^{er} n'a d'effet qu'aux fins de la demande de reconnaissance et de déclaration exécutoire de la mesure provisoire ou conservatoire. Le président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg n'examine pas, lorsqu'il prend sa décision, le bien-fondé de la mesure provisoire ou conservatoire.

Art. 1231-12 Les dispositions des articles 1231-10 et 1231-11 sont également applicables à la reconnaissance et l'exécution d'une décision rendue sous la forme d'une ordonnance par un arbitre d'urgence. »

Les textes proposés ci-dessus s'inspirent directement des articles 17 H et 17 I de la loi-type de la CNUDCI, telle qu'amendée en 2006, et dans une large mesure, des articles 1696 et suivants du Code judiciaire belge tout en renonçant à quelques précisions jugées inutiles.

Concernant l'article 1231-12 du Projet

Il convient de noter que les conditions dans lesquelles un tiers peut intervenir à la procédure d'arbitrage que prévoit l'article 1231-12 du Projet figurent également dans nombreux règlements d'arbitrage mais avec certaines nuances, tenant notamment au moment de l'intervention ou de son caractère volontaire ou forcé.

La LAA note également que le paragraphe 4 de l'article 1231-12 du Projet prévoit que « l'intervention [d'un tiers] est subordonnée à l'assentiment de tous les arbitres ». Comme le commentaire de l'article 1244 sur la tierce opposition le mentionne très justement « [q]uant à la possibilité pour les tiers d'intervenir dans une procédure d'arbitrage en cours, elle est toujours subordonnée à l'accord des parties à cette procédure (et des arbitres, article 1231-12 du Projet) ».

Pour tenir compte de ceci, la LAA suggère que l'article 1231-12 soit formulée dans les termes suivants :

- « **Art. 1231-12** « Sauf convention contraire des parties :
- 1) Tout tiers intéressé peut demander au tribunal arbitral d'intervenir dans la procédure. Cette demande est adressée par écrit au tribunal arbitral qui la communique aux parties.
 - 2) Une partie peut appeler un tiers en intervention.
 - 3) Pour pouvoir être admise, l'intervention nécessite une convention d'arbitrage entre le tiers et les parties au différend.
 - 4) L'intervention est subordonnée à l'assentiment de toutes les parties et de tous les arbitres. »

Concernant l'article 1233 du Projet

Comme le relève la Cour Supérieure de Justice dans son avis, cet article mériterait d'être complété par l'exigence de la production par le requérant 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 à l'instar de ce que prévoit l'article 1487 du Code procédure civile français dont il s'inspire.

Concernant l'article 1243 du Projet

Le Projet omet de préciser si le recours en révision qu'introduit l'article 1243 a un effet suspensif ou non. Il conviendrait de le préciser.

Concernant l'article 1245 du Projet

Le renvoi effectué dans le dernier alinéa de l'article 1245 du Projet à l'article 1234 devrait être restreint au premier alinéa de cet article afin d'éviter toute confusion quant à la possibilité d'introduire un appel contre la demande d'exequatur d'une sentence arbitrale rendue à l'étranger, que l'exequatur ait été accordée ou refusée. Le renvoi à l'alinéa second de l'article 1234 pourrait en effet laisser croire que tel n'est pas le cas alors que l'article 1246 prévoit expressément cette voie de recours et ce indépendamment de la solution de la décision sur la demande d'exequatur.

Concernant l'article 1247 du Projet

Cet article permet un recours en révision contre l'ordonnance d'exequatur d'une sentence rendue à l'étranger.

Le commentaire des articles évoque quant à lui un recours en révision contre la sentence. Il conviendrait donc de clarifier si le recours ne peut être dirigé que contre l'ordonnance d'exequatur ou contre la sentence rendue à l'étranger elle-même.

Il conviendrait également de préciser à l'instar de l'alinéa 2 de l'article 1243 que ce recours ne peut être initié que par les personnes qui ont été parties ou représentées à la sentence arbitrale rendue à l'étranger pour éviter tout recours de tiers.

Plus fondamentalement, il convient d'observer qu'en droit français le recours en révision est ouvert contre les sentences en matière d'arbitrage international, rendues en France. Mais ce recours devra obligatoirement être porté devant le tribunal arbitral qui a rendu la sentence et n'est donc pas possible devant le juge étatique. (l'article 1506 C.proc. civ. fr. renvoie au seuls alinéa 1 et 2 de l'article 1502, voir aussi pour la jurisprudence antérieure au décret du 13 janvier 2011 (D. no 2011-48, 13 janv. 2011, JO 14 janv.) portant réforme de l'arbitrage Cass. Ire civ., 25 mai 1992, no 90-18.210, Bull. civ. I,

no 149, Fougerolle ; Revue de l'arbitrage 1993, p. 91, de Boissésou M. ; JDI 1992, p. 974, note Loquin E.).

En droit français, aucun recours en révision n'est cependant prévu contre les sentences rendues à l'étranger, ni contre les ordonnances d'exequatur de telles sentences.

La LAA s'interroge dès lors si un tel recours au Luxembourg est véritablement nécessaire et opportun alors qu'il y a de fortes chances qu'un recours en révision puisse être introduit dans le pays où la sentence a été rendue, ce qui paraît le forum le plus naturel.

Concernant les articles 1247 et 1248 du Projet

L'article 1248 du Projet introduit un recours en inopposabilité à titre préventif contre les sentences rendues à l'étranger s'il existe des raisons pour refuser son exequatur ou d'ordonner la révision d'une ordonnance d'exequatur.

Le commentaire des articles ne s'exprime pas sur la compatibilité d'un tel recours avec le texte, sinon avec l'esprit de la Convention de New-York, à propos de laquelle on peut cependant nourrir quelques hésitations, comme le souligne également la Cour Supérieure de Justice dans son avis.

Au surplus, le Projet ne précise pas que ce recours n'aura pas d'effet suspensif. S'il est effectivement suspensif, il risque de retarder durant une longue période la reconnaissance au Luxembourg des effets de la sentence étrangère, ce qui paraît problématique au regard de la Convention de New-York.

Concernant l'article 1251 du Projet

L'article 1251 du Projet permet le recours en tierce opposition contre l'ordonnance d'exequatur et sous une forme édulcorée contre la sentence arbitrale rendue à l'étranger.

Il est difficile de voir comment le juge étatique pourrait apprécier la tierce opposition contre l'ordonnance d'exequatur sans analyser le fond de la sentence arbitrale rendue à l'étranger. A cet égard, le contrôle du bien-fondé de la sentence qui est demandé au juge étatique paraît hautement critiquable et en franche contradiction avec les solutions admises dans la jurisprudence étrangère (voir en particulier pour la France : Cass. 1re civ., 13 oct. 1981, no 80-11.098, Bull. civ. I, no 287, SEEE, JDI 1982, p. 931, note Oppetit B. ; Cass. 2e civ., 17 nov. 1976, no 74-14.333, Bull. civ. II, no 306, Revue de l'arbitrage 1977, p. 281, note critique Robert J. ; Cass. 1re civ., 11 déc. 1979, no 78-12.011, Bull. civ. I, no 313 ; Cass. 2e civ., 9 déc. 1981, no 80-15.305, Bull. civ. II, no 213 ; CA Paris, 7 févr. 2012, RG no 10/24125).

La LAA plaide donc

- i) au moins, pour la suppression de la dernière phrase de l'alinéa 2 de l'article 1251 du Projet ; ou
- ii) sinon la suppression de l'article 1251 du Projet tout entier.

