

N° 7671⁶

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2021-2022

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 LA CHAMBRE DES FONCTIONNAIRES
ET EMPLOYES PUBLICS**

(7.10.2021)

Le 15 septembre 2020, Madame le Ministre de la Justice a déposé à la Chambre des députés 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.

Comme son intitulé l'indique, ledit projet vise à réformer l'arbitrage. À ce sujet, l'Accord de coalition en vue de la formation d'un nouveau gouvernement pour la période 2018 à 2023 énonce ce qui suit:

„Ce mode alternatif de règlement des litiges sera modernisé afin de mettre en avant ses atouts de flexibilité, de rapidité et de confidentialité tout en l'encadrant de garanties appropriées notamment en ce qui concerne le respect de l'ordre public, le droit des parties à l'arbitrage ainsi que le respect des droits de tierces personnes.“

Le projet sous avis a pour objectif de mettre en œuvre cette réforme, en prévoyant de redéfinir les bases juridiques du régime de l'arbitrage en vue de moderniser ce mode alternatif de règlement des litiges et de déterminer à cette fin un corps de règles cohérentes et efficaces pour répondre aux exigences et contraintes d'une procédure arbitrale utile. Si la Chambre approuve a priori cette démarche de modernisation du droit de l'arbitrage luxembourgeois qui, aux termes de l'exposé des motifs accompagnant le projet de loi sous avis, est un droit suranné présentant un certain nombre de lacunes et d'imperfections, elle tient toutefois à soulever un certain nombre de critiques relatives au texte proposé, surtout concernant l'approche choisie par les auteurs du texte.

Telle est, entre autres, la raison pour laquelle la Chambre des fonctionnaires et employés publics a choisi d'émettre un avis sur le projet de loi sous examen, qui ne lui a pas été soumis pour avis par le gouvernement.

Tout d'abord, la Chambre rappelle que seules les juridictions légalement instituées par l'État peuvent rendre des décisions ayant autorité de la chose jugée et ayant force exécutoire. À ce sujet, elle renvoie aux dispositions des chapitres III („*De la Puissance souveraine*“) et VI („*De la Justice*“) de la Constitution du Grand-Duché de Luxembourg, et notamment à l'article 49, alinéa 1^{er}, de celle-ci, qui prévoit que „*la justice est rendue au nom du Grand-Duc par les cours et tribunaux*“. Par ailleurs, aux termes de l'article 84 de la Constitution, „*les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux*“. Il en découle que le pouvoir judiciaire est un attribut de la souveraineté étatique. Les juridictions étatiques doivent donc conserver la mainmise sur le règlement des conflits.

L'arbitrage, procédure par laquelle deux parties décident, par convention, de soumettre à un ou plusieurs tiers, choisis par eux, un litige né ou risquant de naître pour le trancher de façon définitive en vertu de règles, là encore, choisies communément et pouvant déroger au droit commun, trouve sa source et son existence dans une convention privée. Ainsi, de par sa nature, l'arbitrage est privé.

L'arbitrage constitue donc une dérogation à l'ordre public des juridictions, ce qui a pour conséquence que sa procédure peut être réglée par des principes différents de ceux qui gouvernent la justice étatique,

et le cas échéant même par des normes contraires à ceux-ci. S'il est vrai que le respect des droits de la défense et du contradictoire s'imposent à un titre égal à l'une et à l'autre des justices publique et privée, l'arbitrage ne présente pas les principes, de gratuité ou de double degré de juridiction notamment, attachés à la justice publique. Ensuite, le caractère confidentiel de l'arbitrage est en opposition avec la publicité de la justice rendue par l'État. Par ailleurs, 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 arbitral le pouvoir de statuer en amiable composition, c'est-à-dire de statuer en équité.

Le projet de loi énonce le principe selon lequel 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 (cf. articles 1227-3 et 1227-4). La Chambre des fonctionnaires et employés publics peut marquer son accord avec cette règle, qui est en effet conforme à l'article 1134, alinéa 1^{er}, du Code civil, selon lequel *„les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites“*.

Cela dit, la Chambre est d'avis que le recours à l'arbitrage ne doit jamais priver les parties en cause de leur droit de saisir quand même les juridictions étatiques compétentes pour régler le litige. En effet, quid s'il y a un désaccord fondamental entre les parties à l'arbitrage en cours de procédure, ou si la partie forte se montre hostile par rapport à la partie faible (qui est alors contrainte de poursuivre l'arbitrage contre son gré)? La Chambre demande de revoir le texte sous avis à la lumière de ces considérations.

Par ailleurs, la Chambre se demande si le caractère financier lié à l'arbitrage ne conduit pas à privilégier certains justiciables fortunés, qui peuvent choisir entre le juge étatique et un arbitre coûteux, par rapport à d'autres qui sont économiquement faibles et qui n'ont pas ce choix.

Aux termes de l'exposé des motifs, *„l'arbitrage en tant que mode alternatif de règlement de conflits peut en effet utilement contribuer à décharger les juridictions étatiques de certains contentieux spécifiques“* et *„la qualification des juristes œuvrant au Luxembourg assure la qualité des prestations juridiques fournies dans tous les domaines“*. La Chambre des fonctionnaires et employés publics signale que les magistrats des juridictions étatiques sont également des juristes qualifiés. L'insinuation qui semble découler de l'exposé des motifs et selon laquelle l'arbitrage serait un mode alternatif de règlement des litiges destiné à combler entre autres le manque de formation et d'expertise des juges étatiques ne saurait être acceptée par la Chambre. Pour le cas où le gouvernement estimerait qu'il y aurait un manque de spécialisations auprès des juridictions étatiques, il devrait alors lancer des réformes afin d'y remédier, en concertation avec le personnel concerné.

*

EXAMEN DES ARTICLES

Ad article 1227

Aux termes du paragraphe (1), alinéa 2 de l'article sous rubrique, la convention d'arbitrage *„n'est soumise à aucune condition de forme“*.

La Chambre des fonctionnaires et employés publics constate que le texte actuellement en vigueur prévoit que *„le compromis pourra être fait par procès-verbal devant les arbitres choisis, ou par acte devant notaires, ou sous signature privée“*.

Dans un souci de sécurité juridique, la Chambre demande de reprendre ces dispositions – qui sont plus précises – dans le futur texte.

Ad article 1228-1

Le texte sous avis n'édicte pas de limitations quant aux qualifications pour l'exercice de la fonction de l'arbitre et laisse une grande liberté aux parties de choisir leur arbitre parmi ceux qu'elles considèrent les plus aptes, le seul critère restrictif étant la pleine jouissance de ses droits par l'arbitre désigné.

Or, la pratique de l'arbitrage requiert de nombreuses compétences d'ordre linguistique et d'ordre rédactionnel, mais également d'ordre juridique. En effet, nombre de litiges peuvent poser des problèmes juridiques difficiles (droit applicable, interprétation des règles de droit, etc.). Pour autant que ces compétences soient facultatives, rien n'empêche les parties de choisir un arbitre ne possédant aucune

qualification. Rien ne s'oppose non plus au choix comme arbitres de personnes qui ne disposent pas d'une formation juridique, mais qui ont l'avantage de bien connaître la matière qui fait l'objet du litige (un ingénieur, un banquier ou un expert-comptable par exemple).

Si l'arbitrage doit être efficace, ce qui dépend surtout des exigences de qualification professionnelle de l'arbitre, il semble indispensable de fixer des critères de formation et de déontologie professionnelle à remplir par l'arbitre.

Ad article 1228-2

Aux termes de l'alinéa 2 de l'article sous rubrique, „*les parties sont libres de convenir du nombre d'arbitres*“ qui constituent le tribunal arbitral. Les parties ont donc la possibilité de désigner les arbitres en nombre pair. Or, la sentence étant rendue à la majorité des voix, des difficultés peuvent se présenter en cas de partage de voix.

La Chambre demande de compléter la disposition susvisée en y ajoutant à la fin les mots „*pourvu qu'il soit impair*“.

Ad article 1228-6

En ce qui concerne les obligations de l'arbitre, la Chambre des fonctionnaires et employés publics constate que le texte ne contient pas de disposition d'ordre déontologique. Certes, les arbitres sont tenus de respecter les principes de l'indépendance et de l'impartialité. Ces deux principes sont abordés à travers les dispositions traitant du devoir de révélation de l'arbitre. Ainsi, aux termes de l'article sous rubrique, „*il appartient à l'arbitre de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité, avant et après l'acceptation de sa mission*“.

Toutefois, la Chambre recommande d'aller plus loin et de reprendre dans le futur texte les dispositions de l'article 1456 du Code de procédure civile français, qui est beaucoup plus précis et qui énonce notamment ce qui suit:

„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.

En cas de différend sur le maintien de l'arbitre, 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 la révélation ou la découverte du fait litigieux.“

La Chambre des fonctionnaires et employés publics rappelle que l'indépendance et l'impartialité sont des principes fondamentaux régissant la procédure d'arbitrage. Concernant les magistrats professionnels, exerçant leur mission dans le cadre de la justice rendue au nom de l'État, l'indépendance et l'impartialité sont des éléments clés caractérisant la fonction juridictionnelle et se trouvent à la base de nombreux textes nationaux, tant au niveau de la Constitution qu'au niveau de la loi. Contrairement aux arbitres, pour lesquels aucun texte légal ou réglementaire particulier n'est prévu, l'impartialité des magistrats est par ailleurs renforcée par leurs obligations déontologiques. En outre, au moment de son entrée en fonction, le magistrat prête le serment constitutionnel de remplir ses fonctions avec intégrité, exactitude et impartialité.

Ad article 1231

Le principe de la liberté des arbitres dans la conduite de la procédure et notamment dans l'appréciation des faits et du droit est confirmé par le nouvel article 1231, qui dispose au dernier alinéa que „*le tribunal statue en amiable composition si les parties lui en ont confié la mission*“. Les parties ont donc la possibilité de donner, par une stipulation particulière de la convention d'arbitrage, aux arbitres le pouvoir de statuer en amiable composition, c'est-à-dire de statuer en équité et non selon les règles de droit.

En outre, le tribunal arbitral est libre d'appliquer à la procédure une loi, un règlement d'arbitrage ou des règles et principes de procédures, „*sans être tenu de suivre les règles établies pour les tribunaux étatiques*“ (article 1231-2). La seule limite à cette liberté se trouve dans les principes d'ordre public procédural, rappelés et expressément mentionnés à l'article 1231-3, selon lequel „*le tribunal arbitral doit toujours garantir l'égalité des parties et le respect du principe du contradictoire*“.

Dans ce contexte, la Chambre des fonctionnaires et employés publics met en garde contre le développement d'une jurisprudence „*arbitrale*“, divergeant, voire contraire à la jurisprudence émanant des juridictions étatiques.

Ad article 1232

La Chambre s'interroge sur l'utilité de la possibilité donnée aux parties d'„autoriser chacun des arbitres à faire suivre la sentence arbitrale de son opinion individuelle ou dissidente“, le commentaire des articles ne fournissant pas d'explication à ce sujet.

Sous la réserve des observations qui précèdent, la Chambre des fonctionnaires et employés publics marque son accord avec le projet de loi n° 7671.

Ainsi délibéré en séance plénière le 7 octobre 2021.

Le Directeur,
G. TRAUFFLER

Le Président,
R. WOLFF