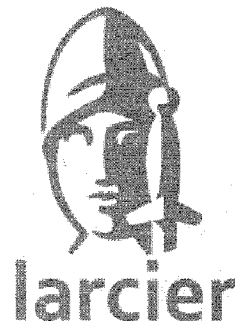


Journal des tribunaux Luxembourg



<http://www.jtl.lu>

Marc THEWES, rédacteur en chef

SOMMAIRE

- Le rôle de la magistrature dans le développement de l'arbitrage - Avant-propos, par V. Bolard 33
- Le point de vue français, par G. Pluyette 34
- Le point de vue belge, par C. Verbruggen 40
- Le point de vue luxembourgeois, par T. Hoscheit 46
- Appel - Jugement intermédiaire - Ouverture du droit d'appel - Décision sur le principal et institution d'une mesure d'instruction - Conditions cumulatives - Notion de principal - Décision sur la loi applicable - Notion de mesure d'instruction - Surséance à statuer. Cour de cassation, 27 novembre 2014 . 52
- Appel - Jugement sur incident (caution judiciaire) - Ouverture du droit d'appel - Application de la loi - Interprétation - Recours aux travaux préparatoires - Caution judiciaire - Droit accordé aux nationaux et aux ressortissants des États membres de l'Union européenne - Caution judiciaire - Contrariété au droit d'accès au tribunal (non) - Principe constitutionnel d'égalité - Réservé aux nationaux (non) - Reconnu au profit de tout individu touché par l'ordre juridique luxembourgeois - Appréciation - Critère de comparaison - Situations comparables. Cour d'appel, 4^e ch., 5 novembre 2014, observations de T. Hoscheit 52
- Compétence des juridictions de l'ordre judiciaire à l'égard des décisions administratives individuelles - Impossibilité de remettre en cause, au moyen d'une action déclaratoire ou au moyen d'une demande de dommages-intérêts, un acte administratif à objet financier - Effet de forclusion de l'expiration du délai du recours contentieux devant le tribunal administratif. Cour d'appel, 2^e ch., 21 janvier 2015 . 58
- Principes généraux du droit - Nul ne peut se contredire au détriment d'autrui - Application en matière de droit administratif (droit des marchés publics). Trib. adm., 26 mai 2014, note 60
- Droits de l'homme - Condamnation du Luxembourg par la Cour européenne des droits de l'homme pour violation du droit au procès équitable en matière civile - Droit d'obtenir la réouverture du procès devant les tribunaux nationaux (non) - Droit à des dommages-intérêts additionnels (non) - Autorité de chose jugée de l'arrêt de la Cour européenne. Trib. arr. Luxembourg, 1^{re} ch., 28 janvier 2015 62
- Dates retenues.

DOCTRINE

Le rôle de la magistrature dans le développement de l'arbitrage Avant-propos

Créé en octobre 2013, le *Think Tank* pour le développement de l'arbitrage à Luxembourg est né d'une double conviction. D'une part, l'intérêt de l'arbitrage n'est pas purement commercial. L'arbitrage est aussi, dans une perspective intellectuelle, une discipline passionnante et il a même, dans une perspective politique au sens noble, une fonction enthousiasmante : en particulier, l'arbitrage international permet des échanges entre les peuples qui sans cela n'auraient pas lieu. D'autre part, le Grand-Duché est naturellement appelé à jouer un rôle éminent en ce domaine, en raison de sa situation géopolitique, de sa vieille tradition de neutralité, de son plurilinguisme, de son multiculturalisme juridique et de la méthode instinctivement comparatiste des juristes luxembourgeois.

Le *Think Tank* regroupe à ce jour une cinquantaine d'avocats, de professeurs de droit et de magistrats¹. Ils travaillent actuellement à un projet de réforme de la loi luxembourgeoise. L'implication conjuguée de praticiens et de théoriciens est inspirée du prestigieux Comité français de l'arbitrage auquel la place de Paris doit une large part de son succès. Nécessaire au regard des enjeux intellectuels de la discipline, elle favorise une action raisonnée et efficace (ainsi le Comité français de l'arbitrage a-t-il été à l'origine de la dernière réforme française du droit de l'arbitrage). La présence des magistrats n'est pas non plus une anomalie. Comme l'illustre encore l'exemple français, l'arbitrage a besoin des juges.

À cet égard, il faut se départir de l'idée fautive suivant laquelle le succès de l'arbitrage traduirait un échec de la justice étatique. Historiquement, l'arbitrage a peut-être précédé la justice étatique et il conserve un domaine qui lui est propre. Dans certains cas — on songe notamment aux relations commerciales avec les organisations étatiques — l'arbitrage est une condition *sine qua non* de l'échange :

sans clause compromissoire, les parties ne consentiraient pas au contrat. Mais on peut aller plus loin. Selon une formule aujourd'hui répandue, l'arbitrage est le « mode normal de règlement des différends du commerce international »². Ceci suggère que l'arbitrage n'est pas réellement un mode « alternatif » de règlement des conflits³ : dans le domaine propre de l'arbitrage, c'est le recours au juge étatique qui est, en quelque sorte, une anomalie.

Même dans ce domaine propre, l'intervention du juge étatique doit être possible, afin d'assurer le bon fonctionnement de l'arbitrage. L'arbitrage « ne peut pas se dispenser du concours de la justice étatique pour atteindre sa pleine efficacité »⁴. Ceci explique pourquoi « la réputation d'une place d'arbitrage dépend en bonne partie de la qualité et des modalités de traitement du contentieux lié à l'arbitrage »⁵. Il ne faut donc pas seulement que les magistrats comprennent l'arbitrage et se contentent de tolérer passivement son existence : il faut qu'ils soutiennent activement l'institution, en assurant au besoin le bon déroulement de l'instance arbitrale et en garantissant le respect des exigences nécessaires à son fonctionnement. C'est ce qu'illustre la figure moderne du *juge d'appui*. En bref, le succès de l'arbitrage est tributaire de la justice étatique.

C'est donc naturellement que le *Think Tank* a décidé d'organiser sa première conférence sur « Le rôle de la magistrature dans le développement de l'arbitrage ». Cette conférence s'est tenue le 20 octobre 2014, en collaboration avec la Chambre de commerce de Luxembourg et le Comité français de l'arbitrage. Le *Think Tank* remercie vivement M. le ministre

(2) Voir par exemple E. GAILLARD, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international », conférence donnée à la Cour de cassation française le 13 mars 2007, disponible en ligne à l'adresse https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/13-03-2007/13-03-2007_gaillard.pdf, n^{os} 7 et 10.

(3) E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 69, note 108.

(4) Voir T. HOSCHEIT, contribution *infra*.

(5) Voir C. VERBRUGGEN, contribution *infra*.

(1) Les magistrats, universitaires et avocats qui souhaiteraient rejoindre le *Think Tank* sont cordialement invités à envoyer un courriel à l'adresse info@bf-avocats.com.

Le point de vue luxembourgeois

1. Le *Think Tank* pour le développement de l'arbitrage à Luxembourg, créé en octobre 2013 à l'initiative de Me Vincent Bollard, nous invite dans le cadre de cette conférence à nous interroger sur le rôle de la magistrature dans le développement de l'arbitrage, étant sous-entendu qu'il s'agit à première vue d'analyser l'influence positive que la magistrature peut insuffler au développement de l'arbitrage. Dans une approche comparatiste, l'objectif de la conférence consiste à juxtaposer les vues et les expériences luxembourgeoise, française et belge afin de pouvoir en tirer des conclusions sur les travaux du *Think Tank*. Chargé de présenter le point de vue luxembourgeois, la tâche se présente à première vue comme étant assez aride, tant il est vrai que l'arbitrage, et par voie de conséquence la jurisprudence sur l'arbitrage, est peu développé au Luxembourg. Par ailleurs, la législation régissant l'arbitrage semble dépassée, vieillotte et lacunaire. On serait finalement tenté de dire que la doctrine sur l'arbitrage représente l'aspect le plus abouti dans cet environnement juridique¹. Dans ces conditions, c'est de l'accord des coauteurs que nous avons décidé d'adopter une vue plus générale et de planter le décor afin de relever les nombreux aspects sur lesquels on peut s'interroger en réfléchissant au rôle du magistrat dans le développement de l'arbitrage, en agrémentant ce tour d'horizon des quelques fleurs que nous offre la situation juridique propre au Luxembourg.

2. En guise d'introduction, il convient dans un premier temps de circonscrire la notion d'arbitrage. Celui-ci peut être défini comme étant un mode de règlement juridictionnel d'un litige par une autorité (le ou les arbitres) qui tient son pouvoir de juger non d'une délégation permanente de l'État ou d'une institution internationale, mais de la convention des parties². En termes raccourcis, ou vulgarisés, d'aucuns parlent de justice privée. La caractéristique institutionnelle essentielle de l'arbitrage réside ainsi dans l'absence de pouvoir juridictionnel obligatoire au profit de l'instance arbitrale, et dans la création de ce pouvoir à travers la volonté commune des parties qui conviennent par la voie conventionnelle de soumettre leur différend à un ou plusieurs arbitres. L'arbitrage en tant qu'institution privée s'oppose ainsi en de nombreux points à la justice étatique.

3. Cette opposition étant caractérisée, il faut brièvement s'interroger sur les raisons qui poussent les parties à avoir recours à l'arbitrage, et par voie de conséquence sur les raisons qui devraient amener un législateur à vouloir appuyer le développement de l'arbitrage. Ces raisons sont essentiellement au nombre de trois.

D'une part, le processus arbitral est marqué par un haut degré de confidentialité et de discrétion, pour ne pas dire de secret. Dans certaines catégories de litiges, il peut être de l'intérêt personnel, professionnel, commercial ou écono-

mique des parties à ce que le processus de résolution du litige se déroule hors des feux de la rampe. S'il est vrai que la publicité des débats et des décisions des juridictions étatiques constitue une des garanties essentielles à un procès équitable et transparent, il n'en est pas moins vrai que pareille publicité peut dans certaines circonstances apporter plus de nuisances que d'effets bénéfiques. Il apparaît donc opportun de proposer aux parties des modes de résolution de leurs litiges qui soient soustraits à la pression qui peut résulter d'un débat public. L'arbitrage offre cette possibilité en faisant échapper tant la procédure que souvent la sentence arbitrale finale à la connaissance du grand public.

D'autre part, le processus arbitral peut permettre aux parties de résoudre leurs conflits en décaissant un laps de temps plus réduit que ne le permettrait le recours à une juridiction étatique. L'idée de célérité semble consubstantielle à la notion d'arbitrage³, et les arbitres sont généralement conscients des attentes des parties. Ceci ne signifie pas que des procédures d'arbitrage ne puissent pas s'éterniser pendant des mois ou même des années, mais l'idée généralement admise est toutefois que les arbitres agissent rapidement.

De troisième part, le recours à l'arbitrage assure aux parties un haut degré de flexibilité. Il leur permet de choisir leurs juges. Cette possibilité du choix ne doit pas être vue comme étant affectée d'une connotation péjorative ou comme signe de défiance à l'égard des juridictions étatiques, mais il est un fait que certains litiges requièrent des compétences soit techniques, soit juridiques particulières que les parties ne sont pas certaines de rencontrer au sein des juridictions étatiques. L'arbitrage leur permet ainsi de désigner des personnes revêtues des compétences requises pour régler leur différend. La flexibilité s'exprime encore à travers les règles de procédure auxquelles les parties s'astreignent, en ce qu'elles peuvent librement constituer le corps de règles procédurales sous l'égide duquel l'arbitrage se déroule.

Un quatrième argument, tenant au coût de la procédure et en ce que l'arbitrage permettrait de faire des économies en comparaison avec le recours à une juridiction étatique, est plus controversé. Il semble certain que chacune des parties doit, tout comme dans les procédures étatiques, honorer les prestations fournies par ses conseils, et qu'elles doivent en sus supporter le coût des honoraires et frais du ou des arbitres, alors que les juridictions étatiques sont financées par le budget de l'État sans contributions particulières par les litigants. Le coût financier pur de l'arbitrage semble donc supérieur. Mais on peut y opposer un potentiel gain en honoraires des conseils juridiques des parties, si la pro-

cedure arbitrale se déroule plus rapidement qu'une procédure judiciaire étatique, ainsi que le gain immatériel que les parties peuvent escompter en termes de sécurité juridique accrue lorsque leur différend est toisé par des professionnels aguerris dans un domaine particulier et en un laps de temps réduit par rapport à ce que nécessiterait une procédure étatique.

4. Ces avantages liés à la procédure d'arbitrage ont conduit au fil du temps à son expansion qui se manifeste à travers plusieurs éléments.

Il faut d'abord souligner l'existence de nombreux organismes nationaux et internationaux auxquels les parties peuvent avoir recours pour organiser la mise en place d'une procédure d'arbitrage⁴. Ces organismes peuvent fournir de nombreux éléments indispensables au bon déroulement des procédures, tels que des arbitres, une infrastructure immobilière, un support logistique, un corps de règles procédurales.

En termes quantitatifs, le nombre de litiges traités par voie d'arbitrage est en croissance constante, que l'on considère ces chiffres en termes de nombre de litige ou d'impact économique à travers la valeur des transactions concernées.

L'importance de l'arbitrage se reflète finalement dans les textes normatifs internationaux. Le texte le plus important est constitué par la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance de l'exécution des sentences arbitrales étrangères. D'autres aspects sont traités par d'autres conventions, souvent régionales, telles que la Convention européenne du 21 avril 1961 sur l'arbitrage commercial international.

Même des actes normatifs auxquels l'arbitrage est en principe étranger s'intéressent à l'institution. L'exemple récent le plus frappant est le règlement (U.E.) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (dit Bruxelles *Ibis*). En vertu de son article 1^{er}, § 2, d), l'arbitrage est expressément exclu de son champ d'application. Mais le considérant n° 12 consacre quatre alinéas exhaustifs aux implications que cette exclusion a sur la question de savoir si une convention d'arbitrage est caduque, inopérante ou inapplicable et sur la portée de l'exclusion au regard des problèmes relatifs à des demandes accessoires (constitution du tribunal arbitral, compétence des arbitres, déroulement de la procédure arbitrale) et au regard de l'annulation, de la révision, de la reconnaissance et de l'exécution d'une sentence arbitrale : il est précisé que l'exclusion s'étend à tous ces aspects. Ces développements consacrés à l'arbitrage par ce considérant culminent dans l'affirmation de la primauté de la Convention de New York de 1958 sur le règlement no 1215/2012⁵.

(3) À titre d'exemple, on note en droit luxembourgeois que l'article 1228 du Nouveau Code de procédure civile fixe la durée maximale de l'instance arbitrale, sauf accord contraire des parties, à trois mois, et que l'article 1233 dispose expressément que le compromis prend fin à l'expiration du délai applicable, la jurisprudence affectant le dépassement de ce délai de la sanction de la nullité de la sentence arbitrale (Trib. arr. Luxembourg, 3 janvier 1966, *Bull. du Cercle François Laurent*, 1996, n° 11, pp. 282-292).

(4) Pour ne mentionner que quelques-uns de ces organismes, citons la ICC (International Chamber of Commerce), International Court of Arbitration à Paris, la Chambre de commerce à Luxembourg, le Centre belge d'arbitrage et de médiation à Bruxelles, la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale à Zurich ou la Chambre de commerce, d'industrie et des services de Genève.

(1) P. KINSCH, « La législation luxembourgeoise en matière d'arbitrage », *Bull. du Cercle François Laurent*, 1997, bulletins II et III.

(2) G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, P.U.F.

5. L'arbitrage a ainsi su prendre ainsi sa place nonobstant les défis et les problèmes tant pratiques que juridiques auxquels il se trouve confronté.

Parmi ces problèmes, il faut souligner en premier lieu les problèmes d'efficacité auxquels se heurte la procédure d'arbitrage. Elle vit de son acceptation par les parties concernées, qui y ont recours volontairement et sont censées se soumettre au verdict rendu par les arbitres en l'exécutant volontairement. Tel n'est cependant malheureusement pas toujours le cas, et l'exécution forcée de la sentence arbitrale se heurte alors à ce qui fait au départ sa force : étant de nature conventionnelle, elle se trouve dépourvue de l'autorité que confère à une décision de justice son origine étatique. La sentence arbitrale ne peut donc être mise à exécution en tant que telle sans intervention de la justice étatique. L'ordre juridique mondial a pourvu à ces problèmes à travers la Convention de New York de 1958 et les différents ordres juridiques nationaux ont organisé des procédures de reconnaissance des sentences arbitrales.

Au Luxembourg, ces procédures sont régies par les articles 1241 et suivants du Nouveau Code de procédure civile qui opèrent, à l'instar de nombreux autres droits nationaux, une différence entre sentences arbitrales nationales, qui sont reconnues à travers une ordonnance du président du tribunal d'arrondissement dont les effets peuvent être contestés par une action en nullité portée devant le tribunal d'arrondissement avec la possibilité d'un appel subséquent devant la Cour d'appel, et les sentences arbitrales étrangères, qui sont reconnues par le biais d'une ordonnance du président du tribunal d'arrondissement soumise à contrôle par un recours porté directement devant la Cour d'appel.

Ces questions d'efficacité de la sentence arbitrale à l'issue de la procédure trouvent un corollaire au seuil de l'instance arbitrale lorsqu'il s'agit de démarrer la procédure. À un stade ultérieur, d'autres questions encore peuvent venir perturber le déroulement normal de la procédure arbitrale.

Le problème provient de ce que l'accord conventionnel qui met en place l'arbitrage entre deux ou plusieurs parties ne peut en règle générale prévoir tous les détails et incidents qui peuvent émailler la procédure. Il en est certainement ainsi de la simple clause compromissoire insérée dans un contrat qui impose le recours à l'arbitrage pour pallier les éventuels problèmes qui pourraient surgir à l'occasion de l'exécution (ou de l'inexécution) de ce contrat. Pouvant être plus ou moins complète, elle n'envisage pas le cas concret qui donne naissance au litige et risque d'être lacunaire. Il en est encore souvent ainsi du compromis d'arbitrage qui règle, une fois le différend né, le recours des parties à l'arbitrage. Conclu en présence d'un litige né et actuel, le compromis est généralement plus précis et plus pertinent que le compromis quant aux points à régler pour démarrer efficacement la procédure. Mais il peut néanmoins présenter des lacunes.

Les parties doivent alors disposer d'une solution de recours pour régler leurs problèmes de mise en place et de déroulement de la procédure afin de tirer le plein profit de leur volonté de recourir à l'arbitrage. Différentes voies sont possibles.

Celle qui cadre le plus avec l'origine conventionnelle de l'arbitrage est celle qui amène les parties à trouver un accord pour résoudre la question litigieuse. Mais dans la mesure où la situation est contentieuse et conflictuelle, cette voie n'est pas toujours praticable.

Une deuxième solution consiste à avoir recours au soutien fourni par les organismes nationaux et internationaux qui appuient le développement de l'arbitrage. Cette voie a pu être prévue dès la clause compromissoire ou le compromis d'arbitrage, et elle peut être employée de l'accord des parties, à l'effet de confier à un tel organisme le soin de régler les points litigieux. Mais cette voie relève à nouveau d'un accord entre parties. Et il a même pu arriver que l'institution désignée ne fût pas clairement identifiable, empêchant qu'il y soit pris recours.

La troisième issue finalement consiste à avoir recours au juge étatique en lui demandant de résoudre le conflit qui forme obstacle au démarrage et/ou au déroulement de la procédure d'arbitrage. C'est ainsi que le juge étatique est amené à jouer un rôle dans le développement de l'arbitrage à travers ce qu'il est admis d'appeler le juge d'appui.

6. La place du juge d'appui dans l'architecture du processus de règlement des litiges à travers l'arbitrage étant ainsi brièvement définie, il reste à remplir cette notion de vie, ce qui amène à s'interroger successivement sur ses pouvoirs (1), ses compétences (2) et les conditions de l'efficacité de son intervention (3)⁶.

Les pouvoirs du juge d'appui

7. La notion de pouvoir dans ce contexte vise à s'interroger sur le rôle du juge d'appui à l'égard du fondement juridique de son intervention, qui est constitué par la nécessité de donner plein effet à l'accord des parties d'avoir recours à une procédure d'arbitrage pour régler leur différend. Il est certain qu'en l'absence de pareil accord, l'arbitrage ne peut avoir lieu et l'intervention du juge d'appui ne se conçoit donc pas. Cet accord, consigné dans la clause compromissoire figurant au contrat de base ou dans un compromis autonome négocié après la survenance du litige, peut être plus ou moins bien rédigé, de même qu'il peut être plus ou moins complet, pouvant laisser ouvertes beaucoup de choses, allant de questions fondamentales, tel que la question de la validité même de l'accord, jusqu'à des questions purement accessoires ou pratiques liées au déroulement de la procédure.

(6) Ces développements conduisent à aborder non seulement le juge d'appui au sens communément admis aujourd'hui, mais plus globalement l'intervention de tout juge étatique. Ces domaines d'intervention d'autres juges étatiques que le juge d'appui sont spécialement mentionnés (*cf. infra*, au n° 16 pour la récusation et au n° 25 pour les mesures provisoires) et les conclusions pertinentes sont relevées par la suite (*cf. infra*, sub n° 31).

La question fondamentale qui se pose est ainsi celle de savoir s'il appartient au juge d'appui de combler toutes les lacunes que présente l'accord des parties afin de sauver le processus arbitral d'un blocage dans lequel il pourrait se retrouver lorsque les parties n'arrivent pas à trouver une issue consensuelle.

8. Une première interrogation fait appel à la question de savoir si l'intervention du juge d'appui et ses pouvoirs devraient varier selon que l'arbitrage prend appui sur une clause compromissoire ou un compromis. Il pourrait être soutenu que la clause compromissoire, rédigée *ex ante*, n'a pas pu entrevoir toutes les hypothèses et peut ainsi plus facilement justifier l'intervention du juge étatique appelé à en combler les lacunes, alors que le compromis, rédigé une fois le litige né, aurait dû aborder tous les problèmes auxquelles les parties se heurtent dans le cadre de l'organisation de l'arbitrage et que faute par elles d'y avoir veillé, il n'appartiendrait pas au juge étatique d'y pourvoir.

Il ne semble pas toutefois qu'une telle distinction doive être retenue. L'objectif de l'institution du juge d'appui est d'apporter son soutien à toute procédure d'arbitrage, peu importe son origine et les circonstances de sa genèse. Il n'existe aucune raison majeure de priver les arbitrages engendrés à travers un compromis d'un appui qu'on accorderait à une clause compromissoire. Il faut écarter toute idée d'une sanction « privée » qui viendrait frapper les parties en raison de leur incapacité à prévoir ou à régler tous les incidents par la voie consensuelle. Abonder en ce sens reviendrait finalement à priver l'arbitrage d'un soutien indispensable à son bon fonctionnement.

9. Le point crucial touchant l'intervention du juge d'appui tient à la technique et à la méthodologie du travail juridictionnel. Le juge étatique ne peut pas créer le droit. Son rôle consiste à l'appliquer, qu'il soit de source nationale ou internationale, légale (au sens large) ou conventionnelle. Dans le cadre du soutien apporté à l'arbitrage, il s'agit pour lui d'appliquer l'accord contractuel des parties (clause compromissoire ou compromis). Ainsi, la mise en œuvre d'un accord contractuel fait appel, sauf l'hypothèse de la stipulation claire, à une démarche d'interprétation de la stipulation contractuelle.

Or l'accord d'arbitrage, comme toute autre clause contractuelle, peut être affecté de tares diverses, allant de la simple rédaction négligente sans réel impact objectivement vérifiable sur sa portée à l'absence pure et simple de stipulation pour régler un problème spécifique.

Le juge étatique se retrouve dans son rôle naturel lorsqu'il procède à l'interprétation des stipulations contractuelles obscures, ambiguës ou en apparence contradictoires. Il semble encore logique que ce faisant, il fasse application des règles communément admises en matière d'interprétation des contrats, notamment en ce qu'il doit rechercher la commune intention des parties et donner aux clauses qui lui sont soumises un sens qui permet d'en assurer l'application, plutôt qu'un sens qui conduirait à leur ineffectivité⁷.

(7) On relira à cet effet utilement les articles 1156 à 1164 du Code civil traitant de l'interprétation des conventions.

(5) Pour une présentation plus complète de l'interaction entre le règlement 1215/2015 et l'arbitrage, voir notamment S. MENÉTREY et J.-B. RACINE, « L'arbitrage et le règlement Bruxelles Ibis », in E. GUINCHARD (dir), *Le nouveau règlement Bruxelles Ibis*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

Mais la seule technique de l'interprétation ne permet pas toujours de résoudre tous les problèmes. Certains points ont tout simplement pu avoir été laissés à l'écart ; d'autres peuvent faire l'objet de stipulations contradictoires non seulement en apparence, mais de façon certaine sans que l'intention commune des parties ne soit décelable.

On peut alors admettre que le juge fasse œuvre de droit si les parties, en désaccord sur la règle à adopter, s'accordent néanmoins à confier au juge ce rôle. Bien qu'une telle démarche puisse susciter des interrogations au regard de l'office du juge étatique et de la question de savoir si les justiciables peuvent étendre ce dernier au-delà de ce que lui attribue la loi, aucune objection de principe ne s'oppose à notre sens à ce que ce pouvoir « créateur » soit reconnu au juge d'appui.

Mais il n'est pas certain qu'en toutes circonstances, les parties en litige s'accordent pour confier ce rôle au juge étatique. La partie qui voudra échapper à la juridiction arbitrale aura tendance à former obstacle à sa mise en place en faisant fruit des carences de la stipulation contractuelle afin d'en écarter l'application. Lorsqu'il est saisi d'une telle situation, il existe un risque que sous le couvert d'interprétation, le juge crée le droit, en invoquant au soutien de sa démarche la nécessaire mise en œuvre effective de l'accord arbitral. La question revient ainsi en définitive à savoir si par une vision extensive de son rôle, le juge d'appui doit être amené à tenter de sauver en tout état de cause tous les accords d'arbitrage pathologiques.

L'institution de l'arbitrage y aurait certainement à gagner en efficacité, et une telle démarche peut effectivement se targuer d'un argument de poids, qui consiste à vouloir donner effet à la volonté des parties, qui était de soumettre leur différend à un arbitrage. Devant l'impossibilité matérielle de pouvoir tout prévoir dans l'accord d'arbitrage, le recours au juge d'appui qui amène à donner effet à l'accord contractuel doit être préféré à la solution qui consisterait à brider l'intervention du juge d'appui et à laisser inappliquée la volonté des parties.

10. Tout en reconnaissant ainsi un pouvoir extensif au juge d'appui, il faut s'interroger dans le cadre de sa compétence sur les aspects, problèmes et incidents à l'égard desquels il peut intervenir.

Les compétences du juge d'appui

11. L'intervention classique du juge d'appui se situe au stade de la constitution et du maintien du tribunal arbitral en tant que sa composition personnelle est concernée (A). Cette intervention peut être précédée par des interrogations en droit sur la possibilité même de constituer un tribunal arbitral (B). Par la suite, le déroulement de l'instance arbitrale est de nature à donner naissance à de nombreux incidents par rapport auxquels se pose la question de la possible intervention du juge d'appui (C), la matière des mesures provisoires suscitant des observations à part (D).

A. La constitution du tribunal arbitral

12. Contrairement aux juridictions étatiques, les tribunaux arbitraux ne sont pas des institutions pérennes au fonctionnement desquelles se trouvent affectées un nombre déterminé et défini de personnes. Bien que certains organismes d'arbitrage gèrent des listes de personnes qualifiées aptes et disposées à assurer des missions d'arbitrage, il faut pour chaque litige individuel désigner le ou les arbitres appelés à intervenir. Ce processus de constitution du tribunal arbitral se déroule en règle générale sans problèmes majeurs lorsque les modalités sont prévues dans l'accord arbitral, soit directement, soit par renvoi à un règlement d'arbitrage. Lorsque l'accord sur ces points n'est pas clair, notamment lorsque les modalités de désignation prêtent à discussion ou lorsque le centre d'arbitrage qui doit procéder à la nomination des arbitres ou dont le règlement doit gouverner ces questions n'est pas clairement désigné, le juge d'appui exerce normalement son rôle d'interprétation des clauses contractuelles.

Mais en l'absence totale de règles, le recours au juge étatique en sa fonction de juge d'appui disposant d'attributions propres est la voie naturelle à suivre. Les questions potentielles qui surgissent ici peuvent toucher à la désignation des personnes appelées à constituer le tribunal arbitral (1) et aux qualités des personnes désignées par les parties (2).

1. La désignation des arbitres par le juge d'appui

13. L'intervention du juge d'appui par rapport à cette question est une des seules à être envisagée, bien que de façon complexe et lacunaire, par le droit luxembourgeois.

14. Le droit luxembourgeois est d'abord compliqué dans la mesure où il prévoit des règles différentes pour les différents cas de figure. En cas de carence d'une des parties de désigner l'arbitre qu'elle entend voir siéger dans le tribunal arbitral, l'autre partie saisit le président du tribunal d'arrondissement par voie de requête et le président rend une ordonnance unilatérale (article 1227, alinéa 6). Si les arbitres désignés par les parties ne parviennent pas à s'accorder sur le nom du tiers arbitre, la partie la plus diligente saisit le président du tribunal d'arrondissement par voie de requête, et le président rend une décision contradictoire (article 1227, alinéa 8). La procédure est encore contradictoire s'il y a plus de deux parties qui ont des intérêts distincts et qu'elles ne parviennent pas à s'accorder sur les noms des trois arbitres (article 1227, alinéa 8). Le code règle finalement la situation du tribunal arbitral composé de deux arbitres qui ne parviennent pas à se départager, pour dire que le président du tribunal d'arrondissement peut être saisi par voie de requête pour voir nommer un tiers appelé à départager les deux arbitres en place (article 1238). Cette disposition ne précise pas s'il s'agit d'une procédure unilatérale ou contradictoire, mais s'agissant de la nomination d'un tiers, on doit appliquer par analogie les règles prévues pour le tiers arbitre.

15. L'approche du droit luxembourgeois est ensuite lacunaire dans la mesure où il n'envisage que la situation des tribunaux arbitraux composé de trois arbitres (article 1227 du Nouveau

Code de procédure civile) et de deux arbitres (article 1238 du Nouveau Code de procédure civile), en ignorant la situation du tribunal arbitral composé par un seul arbitre. Cette lacune peut toutefois aisément être comblée en admettant que la situation de l'arbitre unique correspond à celle du tiers arbitre dans une composition collégiale de trois arbitres, et qu'on peut dès lors appliquer par analogie au processus de nomination de l'arbitre unique les règles prévues pour le tiers-arbitre.

Les lacunes du droit luxembourgeois se révèlent encore dans l'absence de prise en considération d'autres circonstances qui peuvent affecter la composition du tribunal arbitral. La nomination d'un nouvel arbitre peut s'avérer nécessaire en cas de décès ou de démission d'un arbitre. Le remplacement d'un arbitre peut encore s'imposer en cas de carence, de refus ou d'empêchement d'un arbitre à assumer sa fonction ou en cas de révocation ou de récusation d'un arbitre⁸. Il paraît logique que dans ces cas de figure, pour autant que le droit procédural applicable ne s'y oppose pas expressément, le juge d'appui puisse assumer sa mission et (re)compléter la composition du tribunal arbitral.

2. Le contrôle par le juge d'appui des qualités des arbitres désignés par les parties

16. L'arbitre, comme tout juge, doit en son for intérieur répondre à certaines qualifications indispensables à l'exercice de toute fonction intervenant dans la résolution des litiges : honnêteté, indépendance, impartialité. Ces qualifications s'imposent même aux arbitres désignés unilatéralement par les parties respectives. La sanction du respect de ces critères essentiels peut être reportée à la fin du processus arbitral, lorsqu'il s'agit d'attribuer à la sentence arbitrale la force exécutoire en l'insérant dans l'ordre juridique étatique : généralement, la reconnaissance de la sentence peut être refusée ou la sentence peut être annulée sur base d'un certain nombre de motifs qui recouvrent le manque d'impartialité et d'indépendance d'un ou de plusieurs arbitres.

Peut-on concevoir qu'un tel contrôle se fasse ex ante, en permettant au juge étatique d'écarter un arbitre qui ne remplirait pas les conditions essentielles à l'exercice de sa mission ? Le procédé approprié pour y parvenir est sans aucun doute la récusation de l'arbitre concerné. Le droit luxembourgeois conçoit explicitement en l'article 1235 du Nouveau Code de procédure civile la possibilité de récuser un arbitre, mais sans y consacrer des dispositions procédurales particulières. La jurisprudence en a tiré la conclusion logique que les règles de droit commun applicables à la récusation des juges tirées des articles 521 du Nouveau Code de procédure ci-

(8) Il est vrai que le droit luxembourgeois soumet la plupart de ces hypothèses à des conditions particulières :
— la révocation ne peut intervenir que de l'accord de toutes les parties (article 1229) ;
— un arbitre ne peut pas se déporter après que les opérations d'arbitrage aient débuté (article 1235) ;
— un arbitre ne peut être récusé que pour des causes postérieures au compromis (article 1235) ;
— le décès, le refus, le déport et l'empêchement d'un arbitre mettent en principe fin à l'arbitrage, sauf si l'accord prévoit qu'il sera passé outre ou prévoit des solutions de rechange (article 1233, point 1).

ne s'appliquent en l'espèce, y compris les règles de compétence matérielle. Une telle demande relève partant du tribunal d'arrondissement siégeant en composition collégiale.

On est alors amené à s'interroger sur la question de savoir si cet incident relève toujours du champ d'action du juge d'appui au sens strict, pour être tenté de répondre par la négative à cette question, dès lors que la demande en récusation n'est pas propre à l'arbitrage, mais qu'il s'agit d'une procédure prévue de façon générale à l'égard de tous les juges et de toutes les juridictions. Cette procédure n'étant pas spécialement conçue pour les besoins de l'arbitrage, la notion de juge d'appui n'a plus vocation à être utilisée dans ce cadre.

17. Un autre aspect ayant trait à la personnalité des arbitres peut tenir en leurs qualifications intrinsèques, surtout professionnelles. Il n'est pas inhabituel que les parties au compromis ou à la clause arbitrale conviennent que les arbitres, ou du moins certains d'entre eux, doivent posséder certaines qualifications professionnelles. Cette pratique se retrouve surtout lorsque le contrat qui donne (potentiellement) lieu au litige est d'une technicité particulière et que les parties considèrent qu'un homme du métier peut apporter des éclaircissements utiles à la résolution du litige. Le différend survient alors au stade de la constitution du tribunal arbitral lorsqu'une des parties néglige de tenir compte de ces exigences, ou lorsque les parties sont en désaccord sur la question de savoir si un arbitre proposé remplit les conditions convenues au départ. Là encore, la sanction de la constitution irrégulière du tribunal arbitral peut être repoussée au stade de la reconnaissance ou de la procédure d'annulation de la sentence arbitrale, en ce que pareille composition irrégulière peut conduire au refus de reconnaissance respectivement à l'annulation de la sentence arbitrale.

Mais ne convient-il pas de donner aux parties au seuil de l'instance les moyens de prévenir les contestations sur ce point ? On peut concevoir une action en vérification des qualités des arbitres, qui pourrait prendre la forme soit d'une action contestataire, par laquelle une des parties demanderait à voir écarter l'arbitre proposé par la partie adverse, soit d'une action déclaratoire, par laquelle une des parties demanderait à voir reconnaître que l'arbitre par elle proposé répond aux critères conventionnellement fixés. Dans un tel cadre, on peut encore envisager le règlement d'autres contestations, comme celle de savoir si une personne morale peut être désignée en tant qu'arbitre, respectivement quelle personne physique au sein d'une telle personne morale peut assumer concrètement les missions d'arbitrage. Le droit luxembourgeois ne prévoit pas pareille action.

B. L'existence de l'arbitrage

18. Lorsque le juge d'appui est approché par une partie au compromis ou à la clause d'arbitrage afin de régler des problèmes de constitution du tribunal arbitral, il est demandé au juge de donner force à l'accord contractuel des parties. Cette demande peut être combattue par un certain nombre d'arguments qui visent à tenir en échec la possibilité même de procéder par voie d'arbitrage, en mettant en cause soit la validité de l'accord contractuel, soit la portée de cet accord.

Ainsi, comme pour tout contrat, on peut mettre en cause l'existence du compromis ou de la clause compromissoire, en niant qu'ils aient été conclus, ou encore leur validité, en soutenant l'existence d'une tare (absence de cause, vice du consentement...) qui entraînerait qu'une des conditions de validité de la convention ferait défaut. D'autres questions peuvent être soulevées dans ce cadre, comme celle de savoir si une clause arbitrale peut être incluse dans un contrat de consommation, ou si elle ne doit pas au contraire être considérée comme clause abusive sujette à annulation.

Plus spécifiquement, on peut soutenir que le compromis ou la clause arbitrale ne sont pas valides pour un motif propre au domaine de l'arbitrage, notamment en ce qu'ils couvriraient un différend qui serait soustrait à l'arbitrabilité. On peut penser d'une façon générale à ce qui touche à l'ordre public ou plus particulièrement en droit luxembourgeois aux matières visées à l'article 1225 du N.C.P.C. : l'état et la capacité des personnes, les relations conjugales, les demandes en divorce et en séparation de corps, la représentation des incapables, les causes des incapables, les causes des personnes absentes ou présumées absentes.

Le compromis ou la clause arbitrale peuvent encore être contestés quant à leur caractère autosuffisant sur la question de savoir s'ils contiennent tous les éléments pour déterminer leur champ d'application ou pour pouvoir être efficacement mis en œuvre.

De façon encore plus particulière, on peut faire valoir que le compromis ou la clause arbitrale, bien que valables en la forme et quant à la matière couverte, seraient inapplicables. Différents motifs peuvent donner lieu à discussion sur ce point. Quant à la matière, il peut être soutenu que le compromis vise des différends autres que celui qui est à triser concrètement (par exemple, un compromis visant les problèmes relatifs à l'exécution d'un contrat peut-il couvrir les questions de nullité de ce contrat ?). Quant aux personnes, la contestation peut porter sur la question de savoir si le compromis peut produire ses effets à l'encontre de la partie contre laquelle il est invoqué (par exemple, lorsque l'arbitrage était prévu dans un contrat qui a par la suite été cédé à un tiers). D'un point de vue temporel peut se poser la question de savoir si le différend peut encore être soumis à l'arbitrage par suite de l'écoulement du délai prévu pour arbitrer⁹.

19. On peut concevoir différentes manières pour approcher cette question générale de l'applicabilité de l'accord arbitral.

On peut soit confier au juge d'appui le pouvoir de triser intégralement en tout état de cause et jusque dans le moindre détail l'ensemble de ces contestations, de façon à prévenir toute contestation ultérieure et assurer pleine et entière efficacité à la sentence arbitrale rendue

(9) Dans une des rares décisions rendues ces dernières années, le président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg était appelé à constituer un tribunal arbitral après que les arbitres originaires n'aient pas statué endéans le délai convenu dans le compromis. Le président rejette la demande au motif que dans de telles circonstances, les parties ne sont pas admises à faire revivre la procédure d'arbitrage, au risque de soustraire le litige de manière indéfinie à la compétence naturelle des juridictions étatiques (ordonnance du président du Trib. arr. Luxembourg du 22 avril 2009).

après que l'ensemble de ces exceptions ait été écarté par le juge étatique à un stade précoce de la procédure. Mais cette approche est peu respectueuse de l'autonomie de la procédure d'arbitrage et de la confiance dont on peut à première vue faire bénéficier cette institution.

Pour cette raison, le principe de la compétence-compétence du tribunal arbitral s'est imposé au fil du temps dans de nombreux systèmes juridiques. C'est ainsi le tribunal arbitral lui-même, le cas échéant constitué à l'aide du juge d'appui, qui est appelé à toiser les différents moyens et arguments qui s'attaquent à sa compétence et à ses pouvoirs pour trancher le différend qui lui est soumis.

Une voie intermédiaire est empruntée par certains droits qui confèrent au juge étatique le pouvoir d'écarter les compromis et clauses arbitrales qui sont « manifestement » nulles, inapplicables, inexistantes... Tel est notamment le cas en France. Nous laissons au lecteur le soin de lire les observations de notre excellent coauteur, M. le doyen Gérard Pluyette sur cette question. Nous tenons toutefois à y ajouter une interrogation générale sur la mise en œuvre de la notion de « manifeste » qui peut être difficile, sinon même dangereuse, à manipuler, surtout dans le cadre de décisions qui sont appelées à trancher définitivement une question de droit¹⁰.

20. Le droit luxembourgeois ne consacre aucune disposition spécifique à cette problématique, et n'attribue par ailleurs pas de compétence à un juge étatique pour toiser ex ante l'une quelconque ou toutes ces questions, avant le début de la procédure arbitrale.

C. Le déroulement de l'instance arbitrale

21. Une fois les arbitres désignés, la procédure arbitrale prend son envol devant eux. Cette procédure, comme toute autre procédure contentieuse, est de nature à susciter de nombreux points de discussion entre les parties. Outre ceux mentionnés au point précédent tenant à l'existence, la validité, l'étendue... des pouvoirs et de la compétence des arbitres, qu'il est utile de leur abandonner sur la base du principe de la compétence-compétence, d'autres incidents peuvent émailler la procédure au sujet desquels l'interrogation d'une possible intervention du juge étatique s'impose.

22. Il nous semble toutefois que cette intervention du juge étatique doit être écartée pour tout ce qui concerne les moyens de procédure classiques auxquels peut se trouver confrontée toute juridiction, tels que la recevabilité de la demande sous toutes ses coutures (formulation des demandes ; intérêt, qualité, pouvoir et compétence pour agir...), les moyens dilatoires, le respect de règles d'importance majeure (droit de la défense, respect du contradictoire...), les fins de non-recevoir (prescription, autorité de chose jugée...)... Par extension du principe de la compétence-compétence, le tribunal arbitral doit pouvoir lui-même régler tous ces aspects

(10) Il nous semble en effet qu'il y a une différence non seulement de degré, mais de nature entre une décision au fond rendue au vu d'une situation « manifeste » et une décision rendue au provisoire au constat d'un état de droit ou de fait « manifeste ».

primaires tenant au déroulement de l'instance et tirés du droit procédural ordinaire.

Il devrait encore en être de même pour des questions préliminaires touchant plus spécifiquement au droit de l'arbitrage, tel que la détermination du lieu de l'arbitrage¹¹ ou de la loi applicable (aux aspects procéduraux et au fond).

23. Des questions plus délicates sont celles tenant à la mission des arbitres et à la durée de l'arbitrage respectivement de la prolongation du délai pour arbitrer. Ces questions touchent directement aux pouvoirs des arbitres, que ce soit quant à la matière ou dans le temps. Idéalement, ces aspects sont réglés par les parties, mais des questions peuvent surgir à cet égard. Or il paraît peu opportun de confier à des arbitres, formant une justice privée, le soin de statuer sur leurs propres pouvoirs. Le désaccord des parties sur ces aspects devrait logiquement mener à la fin de l'arbitrage, sinon pouvoir être porté devant le juge étatique, qui sera le cas échéant chargé de rechercher la commune intention des parties en vue de fixer ces points.

24. Le tribunal arbitral peut enfin se trouver confronté à des problèmes dans le cadre de l'instruction, juridique ou factuelle, du différend qui lui est soumis.

Du côté juridique, n'étant pas une juridiction étatique, le tribunal arbitral se trouve normalement exclu des mécanismes de coopération institués au niveau national et international pour mettre l'organe de décision en mesure de collecter les informations nécessaires à une bonne instruction du litige, en commençant par des mécanismes basiques de demande de renseignements sur le contenu d'un droit étranger pour aller jusqu'au système complexe des questions préjudicielles (adressées soit à une juridiction nationale, telle que des juridictions constitutionnelles, soit à une juridiction internationale, telle que la Cour de justice de l'Union européenne). Peut-on concevoir que le tribunal arbitral renvoie les parties à se pourvoir devant le juge d'appui, ou saisisse lui-même ce dernier, pour assurer la mise en œuvre de tels mécanismes de collaboration ?

D'un point de vue factuel, l'instance arbitrale peut requérir l'audition de témoins, qui peuvent se montrer récalcitrants à déférer à une invitation du tribunal arbitral. N'étant pas investi de l'*imperium*, le tribunal arbitral ne dispose d'aucun pouvoir de contrainte pour menacer les témoins potentiels en vue de les inciter à comparaître en vue de leur audition, de même qu'un éventuel faux témoignage ne peut pas faire l'objet de poursuites pénales. Dans le même domaine, le tribunal arbitral ne dispose pas de moyen de contrainte directe pour amener une partie ou un tiers à verser aux débats un document dont celui-ci serait détenteur et que

l'autre partie entend invoquer à son profit. Peut-on envisager l'intervention du juge d'appui dans le cadre de l'administration de la preuve afin de renforcer l'efficacité de celle-ci ?

Le souci d'efficacité conduit à répondre par l'affirmative à ces deux questions, mais l'intervention du législateur semble nécessaire pour dessiner les contours d'une telle implication du juge d'appui.

D. Les mesures provisoires

25. Le tour d'horizon de ce que le juge étatique peut apporter en termes de soutien aux procédures d'arbitrage ne serait pas complet ni on n'aborderait pas la question des mesures provisoires, bien qu'on ne parle plus ici de juge d'appui au sens strict, puisqu'en règle générale les droits nationaux connaissant sous des formes plus ou moins variées et plus ou moins élaborées les mécanismes de mesures provisoires et/ou conservatoires. Celles-ci existent donc en dehors de toute procédure d'arbitrage.

Il est cependant un fait que la procédure d'arbitrage peut requérir la prise de mesures provisoires ou conservatoires pour conserver le *statu quo* et garantir l'efficacité de la sentence arbitrale qui sera rendue à l'issue de la procédure. Le tribunal arbitral est certainement autorisé à prendre de telles mesures à l'égard des parties, mais ces mesures se heurtent à la fois à des problèmes d'efficacité lorsqu'elles visent des tiers et à des problèmes de rapidité, puisqu'il faut faire assurer leur force exécutoire par le juge national pour qu'elles puissent produire leurs effets.

Cette réalité exige que le juge étatique puisse intervenir, ce qui soulève un problème en termes de compétence, puisque par l'effet de la clause compromissoire ou du compromis, la connaissance du litige est en principe soustraite à la compétence des juridictions étatiques. Il est cependant généralement admis que la compétence exclusive du tribunal arbitral pour connaître du fond du litige ne forme pas obstacle à la compétence du juge étatique pour intervenir par voie de mesures provisoires ou conservatoires. Ce pouvoir est, par exemple, expressément reconnu dans le règlement Bruxelles *Ibis* et ses prédécesseurs¹².

Les conditions d'efficacité du juge d'appui

26. Le domaine d'intervention du juge d'appui étant ainsi circonscrit, il convient de s'interroger sur les moyens les plus appropriés pour permettre à l'institution du juge d'appui d'exercer convenablement son rôle d'appui au développement de l'arbitrage. Trois notions nous paraissent ici particulièrement intéressantes.

A. Les éléments de procédure

27. Ainsi que nous l'avons souligné, une des caractéristiques essentielles qui contribuent à l'attrait de la procédure arbitrale est sa rapidité, à quoi il faut ajouter le caractère dépouillé des exigences procédurales. Afin que l'arbitrage continue à exercer son attrait, il semble donc indispensable que la procédure devant le juge étatique, lorsque son intervention s'avère nécessaire ou utile, revête les mêmes caractéristiques. Les règles procédurales devant le juge étatique doivent donc être conçues de telle façon à ce que ces règles soient aisément compréhensibles, accessibles et applicables, que le juge d'appui puisse être saisi aisément, sans formalisme excessif, et que la procédure se déroule rapidement et là encore sans exigences formelles particulières.

28. À cet effet, il semble tout d'abord utile que les règles en question soient regroupées dans un ensemble cohérent et continu, de façon à ce qu'elles se retrouvent à un même endroit d'un code ou d'une loi, sans être éparpillées à différents endroits. Le droit luxembourgeois actuel ne correspond pas nécessairement à cette exigence, si on considère que les seules dispositions traitant du juge d'appui se trouvent dans les articles 1227 et 1238 du N.C.P.C.

29. La facilité de la saisine peut être assurée à travers la possibilité, prévue en droit luxembourgeois, de présenter la demande par voie de requête. Ceci implique toutefois que les parties soient convoquées par la voie du greffe. Mais, si on a alors recours aux règles de droit commun, il n'est certain que cette modalité soit toujours la plus appropriée, respectivement la plus rapide, surtout dans le domaine du commerce international lorsqu'il s'agit de convoquer les parties à leur établissement à l'étranger, puisqu'il faut alors néanmoins recourir à un exploit d'huissier.

30. La rapidité et la simplicité de la procédure finalement peuvent être atteintes par le recours, prévu en droit luxembourgeois, à une procédure orale, dépourvue de conclusions écrites. L'ampleur réduite des débats dont peut être saisi le juge d'appui par rapport aux différents points qui peuvent lui être soumis, conjuguée à la considération que très souvent l'arbitrage a lieu en matière commerciale où la procédure est en règle générale orale, ne s'oppose pas à de telles modalités.

31. Il paraît toutefois difficile de faire observer ces caractéristiques pour tous les incidents au sujet desquels le juge étatique peut être susceptible d'intervenir. Certains incidents ne sont en effet pas propres au droit de l'arbitrage, mais sont d'application commune à toutes les procédures juridictionnelles. Nous avons eu l'occasion de citer la récusation (*cf. supra*, au n° 16) et les mesures provisoires (*cf. supra*, au n° 25). Un autre exemple à cet égard est la procédure du faux incident civil, par laquelle une partie entend voir tenir pour faux une pièce versée aux débats. Ces procédures font l'objet d'une réglementation de droit commun autonome, recourant pour certaines en raison de l'importance de l'incident à un formalisme lourd, à laquelle il paraît difficile de déroger pour les seuls besoins de l'arbitrage. Aussi convient-il de souligner que ces matières ne ressortent pas du juge d'appui au sens strict, mais du juge étatique au sens large.

(11) La question du lieu n'est pas anodine, puisque ce lieu emporte un certain nombre d'effets : il détermine le juge d'appui territorialement compétent, il détermine la compétence du juge étatique pour statuer sur la nullité de la sentence arbitrale, il peut servir de critère pour déterminer la loi applicable. Il y a évidemment un problème majeur si le lieu de l'arbitrage n'est pas désigné par les parties et qu'il faut saisir le juge d'appui pour régler certaines questions, par exemple celle du lieu de l'arbitrage. Comment déterminer dans cette hypothèse le juge d'appui territorialement compétent ? Une solution de bon sens est certainement d'avoir recours au juge étatique du lieu de situation du défendeur dans la procédure arbitrale.

(12) Pour une présentation plus complète de la matière des mesures provisoires dans le domaine de l'arbitrage sous cet angle, voir J.-F. VAN DROOGHENBROECK et C. DE BOE, « Les mesures provisoires et conservatoires dans le règlement Bruxelles *Ibis* », in E. GUINCHARD (dir.), *Le nouveau règlement Bruxelles Ibis*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

B. Les qualités du juge d'appui

32. Le droit de l'arbitrage, à l'instar d'autres droits, revêt des caractéristiques particulières et répond à des besoins spécifiques. Si chaque magistrat doit être à même de s'approprier la matière, il peut toutefois paraître opportun de confier le traitement des dossiers d'arbitrage à des magistrats qui non seulement ont subi une formation particulière dans cette matière et disposent d'une bonne connaissance des mécanismes de l'arbitrage, mais encore qui ont une fibre, une sensibilité, un intérêt marqué pour ces dossiers. Comme en toute matière, des magistrats répondant à ces caractéristiques sont le plus efficacement en mesure de saisir les points cruciaux des débats et d'y apporter rapidement les réponses dictées par l'intérêt du développement de l'arbitrage dans le cadre du droit applicable. Une concentration du contentieux de l'arbitrage entre les mains d'un nombre limité de magistrats peut alors paraître une solution utile.

C. L'autorité de chose jugée par le juge d'appui sur la procédure de reconnaissance de la sentence

33. Nous avons déjà souligné que l'intervention du juge d'appui au seuil de la procédure d'arbitrage peut éviter des discussions à l'issue de la procédure d'arbitrage au stade de la demande de reconnaissance respectivement d'annulation de la sentence arbitrale. Il en est ainsi aussi en raison de la nature des procédures de reconnaissance respectivement d'annulation qui est telle que les parties peuvent y présenter un certain nombre de moyens tirés de l'irrégularité de la procédure arbitrale pour voir dénier tout effet à la sentence arbitrale.

Pour éviter que de tels moyens ne soient utilisés à des fins dilatoires ou procédurières, il faut que la question soumise au juge d'appui au cours de la procédure arbitrale soit toisée par lui par une décision qui jouit de l'autorité de la chose jugée au principal. Ceci implique non seulement que le juge d'appui se voie reconnaître le statut d'un juge plein et entier, ce qui en soit n'est pas discutable puisque c'est une caractéristique qui découle de l'institution même, mais encore qu'il se voit reconnaître, pour régler les obstacles qui peuvent se dresser sur le chemin du bon déroulement de la procédure arbitrale, les pouvoirs pleins et entiers pour statuer comme juge du fond, et non seulement les pouvoirs d'un juge statuant au provisoire pour statuer sur base de considérations tirées de l'urgence ou de l'absence de contestation sérieuse.

Le juge d'appui qui statue avec les pouvoirs du juge du fond apporte ainsi une réelle plus-value en termes de développement de l'arbitrage, puisque le nombre de moyens dont disposent les parties pour s'opposer à l'exécution de la sentence arbitrale s'en trouve réduit, dans la mesure où la problématique a été soumise au juge d'appui. Dans ces conditions, l'intervention du juge d'appui apporte encore une plus-value par rapport à celle d'institutions d'arbitrage qui peuvent également être appelées à régler les problèmes liés au déroulement de l'arbitrage, puisqu'il paraît difficile de reconnaître aux décisions de ces institutions une force qui puisse lier les juges appelés à statuer sur la reconnaissance ou la nullité d'une sentence arbitrale.

34. En guise de conclusion, il convient de noter que dès lors que les décisions du juge produisent pleine autorité de chose jugée, toute extension de son champ de compétence entraîne par un mécanisme de vases communicants une réduction de l'office du juge de la reconnaissance ou de l'annulation de la sentence. Des pouvoirs accrûs du juge d'appui contribuent ainsi à une meilleure organisation de la procédure arbitrale elle-même et à une reconnaissance plus rapide de la sentence arbitrale, contribuant ainsi de façon considérable au développement de l'arbitrage. On peut s'interroger sur la question de savoir si un tel transfert de la fonction juridic-

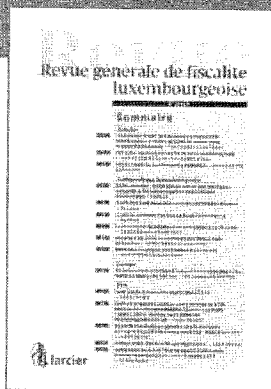
tionnelle du juge étatique vers le juge privé est souhaitable. Rien ne devrait toutefois s'y opposer, dès lors que l'arbitrage répond à un besoin réel, du moins du commerce international, que les arbitres répondent aux qualités requises pour consciencieusement remplir leur tâche et que les juges étatiques conservent un dernier droit de regard sur le bon fonctionnement de l'institution.

Thierry HOSCHEIT

Magistrat

Vice-président au tribunal d'arrondissement de Luxembourg

Une nouvelle revue au cœur de votre pratique professionnelle



REVUE GÉNÉRALE DE FISCALITÉ LUXEMBOURGEOISE

La *Revue générale de fiscalité luxembourgeoise* propose aux professionnels de la finance, du droit et de la fiscalité, des informations complètes sur tout ce qui concerne la fiscalité au Luxembourg.

Consacrée aux développements en matière de fiscalité, elle renseigne sur les évolutions de la matière dans un environnement en perpétuelle évolution.

Les auteurs, tous issus des plus importants cabinets d'affaires et sociétés d'audit au Luxembourg, livrent des articles de fond, des analyses pointues et détaillent la jurisprudence la plus pertinente en y apportant un avis éclairé.

RÉDACTEUR EN CHEF :

Sami Douénias

SECRÉTAIRE DE RÉDACTION :


Sandrine Buisseret

COMITÉ DE RÉDACTION :

René Beltjens, Paul Berna, Flora Castellani, Ezechiel Havrenne, Christine Ntumba, Frédéric Richter, Jean Schaffner, Louis Thomas, Frédéric Wersand et Jean-Pierre Winandy

- Des articles de fond offrant un regard pertinent sur des sujets d'actualité
- La jurisprudence la plus récente, analysée et commentée
- L'actualité fiscale, au Luxembourg et à l'étranger

3 numéros par an
Environ 32 pages par numéro
Abonnement 2015 : 190,00 €

 **promoculture**
larcier
www.promoculture-larcier.lu

c/o Larcier Distribution Services sprl
Fond Jean Pâques, 4 b • 1348 Louvain-la-Neuve – Belgique
Tél. +352(0)278 60730 • Fax +352(0)278 60731
commande@larciergroup.com