



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 comparative 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*.

de la Justice Félix Braz, qui a bien voulu l'honorer de sa présence à cette occasion. Il adresse aussi ses remerciements à ceux qui ont rendu cet événement possible, et notamment à Mme Anne-Sophie Theissen, secrétaire générale du Centre d'arbitrage de la Chambre de commerce, à M^e Caroline Malinvaud, présidente du Comité français de l'arbitrage, à M^e Philippe Leboulanger, président sortant du Comité français de l'arbitrage et à M^e Jacques

Pellerin, vice-président du Comité français de l'arbitrage, qui est venu le représenter lors de la conférence.

Le *Think Tank* remercie tout aussi chaleureusement les trois conférenciers, c'est-à-dire M. le président Thierry Hoscheit, qui a présenté le point de vue luxembourgeois ; M. Gérard Pluyette, conseiller doyen honoraire de la Cour de cassation française, qui a présenté le point de vue français et Madame Caroline Ver-

bruggen, juge au tribunal de première instance de Bruxelles, qui a présenté le point de vue belge. Nous vous souhaitons bonne lecture de leurs remarquables contributions.

Vincent BOLARD

Avocat à la Cour, docteur en droit

Chargé de cours associé
à l'Université de Luxembourg

Le point de vue français

L'arbitrage est une pratique très ancienne en tant que mode de résolution des litiges. Mais il n'a pas seulement cette fonction conventionnelle de justice privée, c'est aussi un enjeu de pouvoir. Dans son article publié en 2005 dans la *Revue de l'arbitrage*, intitulé « Arbitrage et pouvoir politique en France du XVII^e au XX^e siècle »¹, Mme Carine Jallamin a montré que jusqu'au XIX^e siècle, l'arbitrage apparaît comme un enjeu de pouvoir entre l'organe du gouvernement et les juges. En effet, plus le pouvoir se méfie de la justice d'État et plus il veut la soumettre, plus il tend en retour à favoriser l'arbitrage, comme ce fut le cas au cours des deux derniers siècles de l'Ancien régime ainsi que dans les premières années de la Révolution qui ont consacré l'arbitrage généralisé et obligatoire. Plus, au contraire, le pouvoir s'appuie sur sa justice et lui accorde toute sa confiance, plus il cherche à réduire l'arbitrage, comme le montrent au XIX^e siècle la codification napoléonienne et la condamnation par les juges de la clause compromissoire. Une évolution s'est ensuite faite jour en faveur de l'arbitrage. Avant 1981, il n'existait en droit français que peu de règles propres à l'arbitrage ; mais entre 1960 et 1970, par une série d'arrêtés, la Cour de cassation a affirmé, en matière internationale, une conception très libérale de l'arbitrage ; je veux parler des arrêts *Gosset*, *Galakis* et *Hecht*². Les décrets de 1980 et 1981 correspondent à une codification *a minima* marquée par un profond libéralisme, laissant dès lors aux juges et à la jurisprudence la charge de sa mise en œuvre de façon pragmatique ; le décret du 13 janvier 2011 a parachevé cette œuvre en consacrant principalement la jurisprudence de ces trente dernières années.

L'idée essentielle qui me paraît avoir guidé les juges est, comme l'a exactement relevé le professeur Gaillard en 2007³, celle d'une grande

faveur à l'arbitrage, qui s'explique, d'abord, parce que la situation de concurrence ou même d'enjeu de pouvoir entre la justice étatique et l'arbitrage s'était nettement atténuée et, surtout, parce que les impératifs nouveaux du commerce international et la mondialisation des échanges imposaient un système d'arbitrage international attractif, efficace, sûr et prévisible.

Pour expliquer ce rôle des juges français, je voudrais aborder trois points qui m'ont paru essentiels au gré de toutes les affaires dont j'ai pu connaître au cours de ces trente dernières années : d'abord, la reconnaissance d'un principe d'autonomie de l'arbitrage, notamment en matière internationale ; ensuite, un principe d'assistance et de coopération à la constitution du tribunal, enfin, la nécessité pour le juge étatique d'exercer un certain contrôle de la procédure ou de la sentence, le tout, dans le respect de la volonté des parties et dans un mouvement inéluctable d'une judiciarisation accrue de l'arbitrage.

La reconnaissance de l'autonomie de l'arbitrage en tant que mode juridictionnel de résolution des litiges

Ce principe s'est traduit d'abord par un effacement du concept d'inarbitrabilité, puis par la reconnaissance de règles matérielles dont celle de la validité de la convention d'arbitrage internationale et enfin, par l'application du principe compétence-compétence.

A. L'effacement du concept d'inarbitrabilité

Dans une communication au colloque de Dijon tenu en avril 2013 sur l'ordre public⁴, le

(4) L. RAVILLON, « Que reste-il du concept d'inarbitrabilité ? », in *L'ordre public et l'arbitrage*, actes du collo-

doyen Laurence Ravillon a bien montré que ce concept tend à s'effacer pour une certaine forme « de présomption d'arbitrabilité » fondée sur une approche et un parti pris favorables à l'arbitrage et sur la confiance des parties. Cette évolution incontestable résulte de la jurisprudence postérieure à l'arrêt *Galakis* de 1966 qui a jugé que l'interdiction pour l'État de compromettre n'est pas applicable à un contrat passé pour les besoins et dans les conditions conformes aux usages du commerce maritime.

Dans cette jurisprudence, je voudrais citer l'arrêt *Labinal* de la Cour d'appel de Paris du 19 mai 1993⁵, rendu sous la présidence du président Guy Canivet auquel j'ai participé ; à propos d'un litige impliquant des règles impératives du droit de la concurrence, la cour a jugé qu'en matière internationale « l'arbitrabilité du litige n'est pas exclue du seul fait qu'une réglementation d'ordre public est applicable au rapport litigieux », et que « l'arbitre a la compétence pour apprécier sa propre compétence quant à l'arbitrabilité du litige au regard de l'ordre public international et dispose du pouvoir d'appliquer les principes et les règles relevant de cet ordre public, ainsi que de sanctionner leur méconnaissance éventuelle sous le contrôle du juge de l'annulation ».

Cet arrêt est fondamental. Cette solution novatrice a été étendue en matière d'arbitrage interne par un arrêt de la Cour de cassation du 9 avril 2002, puis, reprise par la Cour d'appel de Paris le 20 mars 2008. De même, la définition économique très extensive de l'internationalité du litige donnée par la Cour suprême et confirmée en 2012 dans le second arrêt *Inserm*⁶ est de nature à réduire le domaine de l'inarbitrabilité. Enfin, cette extension de l'arbitrabilité

que des 15 et 16 mars 2013 de l'Université de Bourgogne, Paris, LexisNexis, 2014 p. 57 et les références.

(5) Paris, 19 mai 1993, *Rev. arb.*, 1993, p. 645, note C. JARROSSON ; *J.D.I.*, 1993, p. 957 note L. IDOT.

(6) Trib. conflits, 1^{er} mai 2010, *Rev. arb.*, 2010, étude M. Audit et les références ; *R.F.J.A.*, 2010, p. 959 concl. M. Guyommar, p. 971, note P. DELVOLLE ; *cfr* CE, 19 avril 2013, *Syndicat mixte des aéroports de Charente c. Sté Ryanair*, *Rev. arb.*, 2013, p. 761, note M. LAZOUZI.