

Éditorial

Les échos favorables qui ont accueilli la création de la *Revue des Procédures* en France et en Belgique¹, l'ancrage français et européen du droit judiciaire au Luxembourg² et, bien-sûr, la dimension comparatiste du droit processuel, incitent le comité de rédaction à se tourner vers le large.

Nous sommes donc particulièrement heureux et honorés que Madame Lucie Mayer, Professeur à l'Université Paris II Panthéon Assas et co-auteure du Précis Dalloz de Procédure civile³, ait accepté de mettre ses compétences au service de la *Revue* et de venir renforcer notre équipe : qu'elle en soit chaleureusement remerciée.

Dans la continuité, le numéro 3 est celui de l'ouverture. Des auteurs prestigieux, y compris français et québécois, ont bien voulu y apporter leurs contributions. Le thème qui leur était soumis – *i.e.* la compétence et le pouvoir de juger – est particulièrement évocateur en droit international privé et en droit de l'arbitrage ; et il recèle des enjeux théoriques et pratiques considérables en procédure civile et en droit comparé des procédures.

De prime abord, il pourrait sembler que la compétence et le pouvoir de juger se ressemblent.

La *théorie de l'action* révèle pourtant qu'il s'agit de deux choses différentes : si l'incompétence est une simple question de *régularité*⁴ de la demande ou de la défense sanctionnée par une exception de procédure, le défaut de pouvoir pose un vrai problème de *recevabilité*⁵ (absence de droit d'agir, v. art. 122 CPC Fr.⁶) L'analyse motulskienne⁷ pourrait même conduire à y reconnaître une irrecevabilité d'un type particulier : en l'absence de pouvoir de juger de l'organe saisi, ce n'est pas seulement le droit d'obtenir une décision sur le fond (le droit d'agir, art. 30 CPC Fr.⁸) qui est affecté : c'est le droit d'obtenir une décision tout court (l'accès au juge au sens originaire⁹). On ne peut avoir le droit d'obtenir une décision juridictionnelle de la part d'un organe qui n'a pas le pouvoir de rendre une telle décision.

À cet égard, c'est sans doute dans la *théorie de la juridiction* que la notion de pouvoir de juger puise sa véritable justification : en l'absence de pouvoir *juridictionnel*, il ne peut y avoir d'acte *juridictionnel*. Or, il n'est pas contesté¹⁰ que le trait caractéristique de

1. Malgré sa jeunesse, la RdPs commence déjà à être répertoriée et citée par la doctrine française – V. S. GUINCHARD et alii, *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, Précis Dalloz, 11^e éd., p. 6 et p. 84- ; et par la doctrine belge – G. DE LEVAL et alii, *Droit judiciaire*, t. 2, vol 1, Larcier, 2021, not. n° 1 p. 15, en note 6.
2. Th. HOSCHEIT, *Le droit judiciaire privé au Grand-duché de Luxembourg*, préf. F. Braz, 2^e éd., éd. P. Bauler, p. 14.
3. C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER & S. GUINCHARD, *Procédure civile*, Précis Dalloz, 35^e éd..
4. Sur le rattachement de la compétence à la régularité : v. H. MOTULSKY, *Droit processuel*, texte établi par M. CAPEL, Cours Saint Jacques, Montchrestien, 1973, p. 96 ; V. BOLARD & S. MENETREY, *L'exception d'illégalité des actes administratifs individuels devant le juge judiciaire*, Pas 40, n° 6a ; V. BOLARD, *Le défendeur et l'action*, RdPs n° 1, Legitech, 2020, p. 15 s., spéc. n° 16-Voy. ég. le Vocabulaire CORNU de l'association Henri Capitant, PUF, v° irrégulier, sens 1 : « Qui est entaché d'une irrégularité ; se dit de l'acte qui encourt la nullité pour vice de forme ou de fond ou de la demande portée devant une juridiction incompétente » ; v. ég. v° « recevable », sens 1 ; « irrégularité », sens 2.
5. V. V. BOLARD & S. MENETREY, *L'exception d'illégalité (...)* art. préc., n° 5 & 6a.
6. V. art. 122 CPC FR. : « Constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel

le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée. ».

7. V. not. MOTULSKY, *Droit processuel*, op. cit., p. 56, où l'auteur présente l'*immunité de juridiction* (que l'on rattache au pouvoir de juger) comme l'« aspect négatif » du défaut d'accès au juge, lui-même conçu comme un problème distinct de la régularité (sanctionnée par une exception) et de l'existence de l'action (sanctionnée par une fin de non-recevoir).
8. V. art. 30 CPC FR. : « L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. (...) »
9. Sur cette notion v. V. BOLARD, *Le défendeur et l'action*, art. préc., spéc. n° 3.
10. Nul ne conteste qu'un jugement est par définition un acte doté de l'autorité de chose jugée. – V. BOLARD & S. MENETREY, *L'exception d'illégalité (...)* art. préc., n° 14 b- Si le critère de l'autorité de chose jugée (i. e. le critère de l'effet, de JEZE et JAPIOT) est parfois contesté, c'est seulement pour une raison méthodologique qui confirme sa valeur : MOTULSKY explique que le critère de l'autorité de chose jugée « suppose[rait] le problème résolu. La distinction est bien exacte mais [ce serait] une pétition de principe : il faut déjà définir l'acte pour savoir s'il comporte un tel effet » -MOTULSKY, *Droit processuel*, op. cit., p. 18-. Il nous semble d'ailleurs que, la théorie de la juridiction ayant aujourd'hui plusieurs fonctions, le critère n'est pas (ou plus) toujours tautologique. – V. BOLARD & S. MENETREY, *L'exception d'illégalité (...)* art. préc., n° 14, spéc. n° 14 c.

l'acte juridictionnel est l'autorité de chose jugée¹¹. Si un organe statue sans pouvoir *juridictionnel* (ou s'il ne dispose pas pleinement de ce pouvoir), sa décision risque donc d'être affectée par une absence (ou un déficit¹²) d'autorité de chose jugée¹³, qui ne sera pas sans répercussion au stade de l'exécution.

C'est dire que la théorie procédurale permet de mettre en évidence un enjeu pratique essentiel, qui peut difficilement être ignoré, et justifie particulièrement que l'on cherche à préciser les notions de compétence et de pouvoir juridictionnel.

Le **Professeur Philippe Théry**, qui voit dans le *pouvoir juridictionnel* une des « notions centrales du droit », s'emploie à cerner le concept en l'abordant sous trois angles différents : procédural, substantiel et institutionnel. Pour s'en tenir à la perspective procédurale, l'auteur confirme que le défaut de pouvoir s'oppose à l'exception d'incompétence parce qu'il est sanctionné par une irrecevabilité : mais il relève que l'hypothèse est rare devant le juge interne, sauf l'*immunité de juridiction*¹⁴. Philippe Théry note cependant que « si les règles de compétence interne sont des règles de répartition des litiges dans un même ordre juridique, les règles de compétence internationale sont des règles de rattachement à des ordres juridiques différents ». De là résulte, nous semble-t-il, une difficulté pratique considérable qui explique l'importance du concept en droit international privé : la violation des règles de compétence internationale implique souvent un risque de refus d'*exequatur*, traduisant un déficit d'autorité de la décision dans l'ordre juridique étranger.

Comme le problème de l'*exequatur* est très prégnant en arbitrage, même interne, le constat du **Professeur Pierre Mayer** suivant lequel les notions de compétence et de pouvoir de juger ont un sens différent devant les arbitres ne surprendra pas. Selon Motulsky, si le juge étatique « reste toujours un juge, l'arbitre, lui, ne possède cette qualité que dans la mesure où les parties la lui ont valablement conférée »¹⁵. Autrement dit, l'arbitre incompétent est *ipso facto* privé de pouvoir de juger (l'*exequatur* de sa sentence est compromis). Néanmoins, au terme d'une analyse particulièrement

fine des concepts, Pierre Mayer remet partiellement en cause la doctrine motulskienne, pour conclure à l'existence d'un pouvoir d'aller en tant qu'arbitre régulièrement nommé jusqu'au terme de la procédure, avec des droits et des devoirs de nature procédurale, et d'un pouvoir de rendre une décision inefficace. Le concept pourrait avoir un intérêt particulier pour les sentences appelées à être exécutées dans un Etat¹⁶ consacrant la jurisprudence Putrabali¹⁷ de la Cour de cassation française, dont il résulte que la sentence d'un arbitre considéré comme incompétent par l'ordre juridique du siège peut néanmoins être exécutée dans un autre ordre juridique.

Le **Professeur Thibault Goujon-Béthan**, auquel le comité de rédaction adresse ses vives félicitations pour son récent succès à l'agrégation, aborde le sujet sous un angle particulier : il envisage le *traitement juridictionnel* de l'exception d'incompétence, se demandant notamment si et dans quelle mesure il est possible de le simplifier (éventuellement en le réduisant à un problème d'administration judiciaire). Ceci n'empêche pas l'auteur de mettre en évidence une tendance, à notre sens très critiquable, de la jurisprudence française à faire dégénérer la sanction propre à l'incompétence (i.e. le renvoi) en véritable irrecevabilité, en se fondant sur une approche imprécise du pouvoir de juger.

Le **Professeur Séverine Menétrey**, soussignée, plaide justement en faveur du renvoi comme sanction naturelle de l'incompétence¹⁸. Le renvoi est largement répandu en France et en Belgique et, en dépit des réticences de la jurisprudence, c'est également la sanction prévue par la loi luxembourgeoise (V. art. 259 s. NCPC). La procédure n'ayant d'autre finalité que l'application des règles de fond, il n'y a aucune raison d'ignorer ces dispositions légales et de conclure au rejet de la demande sans examen au fond. Au reste, s'il est vrai que le renvoi est généralement impossible en droit international privé, il est justement suggéré qu'il puisse être introduit en droit de l'Union Européenne.

Le **Professeur Sylvette Guillemard**, de l'Université Laval, traite des problèmes de qualification de la compétence internationale en droit québécois. En

11. V. V. BOLARD & S. MENETREY, *L'exception d'illégalité (...)*, art. préc., n° 14, spéc. n° 14 c.

12. Par exemple, les décisions du juge des référés, qui n'a pas le pouvoir de statuer sur le fond, n'ont qu'une *autorité de chose jugée au provisoire* (sauf circonstances nouvelles) – Sur cette notion : V. not. C. CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*, Dalloz, 2007, préf. S. GUINCHARD, n° 280 s. ; C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER & S. GUINCHARD, *Procédure civile*, Précis Dalloz, 35^e éd. ; n° 1970 ; H. SOLUS & R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. 3, Sirey, 1991, n° 1346.

13. V. BOLARD & S. MENETREY, *L'exception d'illégalité (...)*, art. préc., n° 6 ; V. BOLARD, *Le défendeur et l'action*, art. préc., n° 3.

14. MOTULSKY présente l'immunité de juridiction comme l'« aspect négatif » du défaut d'accès au juge (au sens originare) – MOTULSKY, *Droit processuel*, op. cit., p. 56. –

15. MOTULSKY, Question préalable et question préjudicielle en matière de compétence arbitrale, *JCP* 1957.I.1383.

16. C'est bien le lieu d'exécution de la sentence qui nous semble à cet égard déterminant : peu importe que le droit du siège n'admette pas la solution.

17. C. ass. FR. Civ. 1^{re}, 29 juin 2007, n° 05-18.053, D 2007. 1969, obs. X. DELPECH ; *ibid.* 2008. 180, obs. T. CLAY ; *ibid.* 1429, chron. L. DEGOS ; Rev. crit. DIP 2008. 109, note S. BOLLEE ; RTD com. 2007. 682, obs. E. LOQUIN.

18. Voy déjà S. MENETREY, *Procédure civile luxembourgeoise*, Larcier, 2016, n° 265 ; V. BOLARD & S. MENETREY, *L'exception d'illégalité (...)* art. préc., n° 8.

substance, l'auteure montre que la compétence internationale est largement soumise au régime de la compétence territoriale, plutôt qu'à celui de la compétence matérielle. La description des régimes respectifs de la compétence *rationae materiae*, impérative car déterminée par des considérations d'intérêt général attachées à l'organisation de la justice, et de la compétence *rationae loci*, supplétive car gouvernée par l'intérêt privé (*Actor sequitur forum rei*), est très évocatrice pour le praticien luxembourgeois. Incidemment, l'auteur indique que le plaideur soulevant l'incompétence peut demander le « *transfert au Tribunal compétent* », ou « *à défaut, le rejet de la demande* » (p. 34) : ce qui suggère, là encore, que le renvoi est bien conçu comme la sanction naturelle de l'incompétence, même s'il est impossible en droit international privé.

Madame Zohra Mchirgui, docteure en droit, soutient ensuite que la Convention de la Haye de 2005 sur les accords d'élection de for pourrait conduire à ce que le règlement judiciaire s'impose comme mode privilégié pour certains litiges du commerce international, au détriment de l'arbitrage international. Tout en proposant une analyse critique de la Convention, l'auteure

fait état du débat qui a agité, autour de Gary Born, les acteurs du contentieux international.

Maître Patrick Ries revient également sur un sujet qui a fait couler beaucoup d'encre tant chez les internationalistes que les processualistes, à savoir les clauses attributives de juridiction asymétriques, fixant la compétence dans des fors différents en fonction de la partie qui introduit le litige. L'auteur juge néanmoins que ces clauses n'ont guère d'utilité pratique. Le véritable intérêt de la discussion tient donc surtout, ici, à la réflexion induite par ces clauses quant à l'étendue du pouvoir des parties de fixer la compétence internationale. Elle pourrait être rapportée à la réflexion fondamentale sur « *la frontière entre la volonté des parties et le pouvoir du juge* », évoquée par le Professeur Philippe Théry.

C'est réitérer le vœu, à l'origine de notre revue, d'ancrer aussi profondément la pratique dans la théorie que la théorie dans la pratique, afin que le Droit processuel soit bien, conformément à sa vocation¹⁹, un instrument privilégié pour *penser* la pratique procédurale.

**Vincent BOLARD
& Séverine MENÉTREY**

19. V. BOLARD & G. PERROT, La vocation pratique du droit processuel, Editorial du n° 1 de cette revue.