

OUVERTURES À CASSATION
DES DÉCISIONS JUDICIAIRES ET CAUSES
D'ANNULATION DES SENTENCES ARBITRALES :
BRÈVES COMPARAISONS SUR LE CONTRÔLE
DE DEUX CATÉGORIES D'ACTES JURIDICTIONNELS

PAR

HAKIM BOULARBAH

MAÎTRE DE CONFÉRENCES
À L'UNIVERSITÉ LIBRE DE BRUXELLES
AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES

I. – INTRODUCTION

1. « *Le droit de l'arbitrage emprunte souvent ses solutions au droit régissant les procédures étatiques. En ce domaine, le raisonnement analogique a une place de choix. L'on sait toutefois, sinon les dangers, du moins les limites du procédé* » (1).

Les récentes discussions intervenues en France au sujet de la censure des contradictions de motifs entachant les sentences arbitrales (2) ont remis au centre d'une actualité brûlante la délicate question de la comparaison entre le contrôle que la Cour de cassation exerce sur les décisions judiciaires et celui que la loi réserve au juge de l'annulation des sentences arbitrales. A cette occasion, il fut souligné que « *quoi que puisse laisser penser l'analogie, très prégnante, avec le contrôle exercé par la Cour de cassation sur les motifs des décisions soumises à sa censure (...) la transposition de l'assimilation de la contradiction de motifs à l'absence de motifs, classique dans le contrôle exercé par la Cour de cassation sur les décisions des juges du fond, à celui qu'exercent les juridictions françaises sur les sentences rendues en France ou dont l'exécution est demandée en France, ne saurait être automatique* » (3). On n'a pas hésité à cet égard à mettre en

(1) D. FOUSSARD, note sous Cass., 2^e ch. civ., 7 janvier 1999, *Rev. arb.*, 1999, p. 283.

(2) Pour un résumé desquelles, voy. Th. CLAY, *L'arbitre*, Paris, Dalloz, 2001, p. 633, n^o 826 et les nombreuses références citées.

(3) E. GAILLARD, note sous Paris, 1^{er} ch. civ., 5 mars 1998, *Rev. arb.*, 1999, p. 92.

garde contre le risque de « confusion entre les cas d'ouverture à cassation et le recours en annulation » (4).

Le débat est loin d'être étranger à la Belgique. L'examen de la doctrine et de la jurisprudence belges révèle en effet que les auteurs et les juridictions n'hésitent pas à se référer aux ouvertures à cassation des décisions judiciaires pour préciser, interpréter ou délimiter les contours des motifs d'annulation des sentences arbitrales, spécialement en ce qui concerne le grief déduit du défaut de motivation (5).

Ce « préjugé institutionnel qui assimile la sentence arbitrale à une décision judiciaire » a été dénoncé par les plus hauts magistrats au motif que « chaque forme de justice a son génie propre : l'arbitrage, qui est déjà enserré dans un carcan réglementaire, ne peut devenir une caricature coûteuse de la justice d'Etat. Les exigences de qualité, notamment quant à la motivation, sont spécifiques et il serait regrettable à tout point de vue d'opérer une manœuvre réductrice en assimilant un peu hâtivement sentence arbitrale et décision judiciaire » (6).

C'est en effet qu'à une époque où l'institution évolue encore toujours entre dimension contractuelle et aspect juridictionnel, la tendance est forte de ne pas « juridictionnaliser » à outrance l'arbitrage aux fins d'éviter de transformer celui-ci en « un premier degré de juridiction soumis à un contrôle étatique inquisitorial » (7).

2. Peut-on encore, dans ces conditions, se risquer à comparer le contrôle exercé par la Cour de cassation sur les décisions des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire au contrôle étatique opéré sur les sentences arbitrales dans le cadre du recours en annulation prévu par le Code judiciaire? Existe-t-il une « technique de l'annulation » des sentences arbitrales qui présenterait des correspondances avec la « technique de cassation »?

La justification de l'approche analogique ne peut être trouvée, au-delà des similitudes qui existent entre le pourvoi en cassation et le recours en annulation (n° 3) et malgré leurs différences (n° 4, 5

(4) C. LEGROS, note sous Paris, 1^{er} ch. civ., 8 mars 2001, *Rev. arb.*, 2001, p. 567.

(5) Voy. not. J. LINSMEAU, *L'arbitrage volontaire en droit privé belge*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 142, n° 291 (en ce qui concerne l'étendue de la motivation) et p. 162, n° 346 (en ce qui concerne la contradiction de motifs).

(6) I. VEROUGSTRATE, « Le juge comme arbitre ou l'arbitre comme juge : la recherche d'un équilibre », *R.D.I.D.C.*, 1991, p. 349, n° 17.

(7) E. LOQUIN, « Perspectives pour une réforme des voies de recours », *Rev. arb.*, 1992, p. 321, n° 1.

et 6), que dans la nature juridictionnelle (n° 6) des actes que ces procédures visent : la décision judiciaire et la sentence arbitrale.

3. Un examen superficiel du régime du pourvoi en cassation en matière civile (art. 1073 et s. C. jud.) et de l'action en nullité des sentences arbitrales (art. 1704 et s. C. jud.) laisse tout d'abord apparaître quelques similitudes.

Ainsi, seules les décisions définitives rendues en dernier ressort sont susceptibles d'un pourvoi en cassation (art. 608 et 1077 C. jud.) et seules les sentences définitives quant au fond et qui ne peuvent pas ou qui ne peuvent plus être attaquées devant des arbitres sont passibles d'annulation (art. 1706.2° C. jud.).

Comme le pourvoi en cassation (art. 1073 C. jud.), le recours en annulation doit, en règle (8), et à peine de déchéance, être introduit dans un délai de trois mois (art. 1707.1 C. jud.) (9).

A l'instar des moyens de cassation (art. 1080 et 1087 C. jud.), les moyens d'annulation doivent, à peine de déchéance, être proposés par la partie intéressée dans une seule et même procédure (art. 1706.1 C. jud.).

Si le pourvoi en cassation n'est pas un troisième degré de juridiction (10), le recours en annulation n'est pas plus un second degré de juridiction. La Cour de cassation ne peut non seulement connaître du fond des affaires, mais, de plus, elle n'est autorisée à exercer son contrôle que dans les cas limités que la loi détermine. Il en va de même du juge de l'annulation : il ne peut connaître du fond de l'affaire (11) et n'est habilité à exercer sa censure que dans les hypo-

(8) Le recours en annulation fondé sur la violation de l'ordre public ou sur le caractère non arbitral du litige n'est en effet soumis à aucun délai.

(9) Ce délai prend cours à compter de la notification de la sentence faite par le président du tribunal arbitral aux parties (article 1707.1 du Code judiciaire). Bien que le délai de pourvoi en cassation coure en règle à compter de la signification de la décision attaquée, on sait toutefois qu'il existe de nombreuses hypothèses dans lesquelles il commence à courir à compter de la notification (voy. J. KIRKPATRICK, « La computation des délais de procédure trente ans après le Code judiciaire », in *Liber amicorum Josef van den Heuvel*, Anvers, Kluwer, 1999, pp. 632 et s.; J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « La notification de droit judiciaire privé à l'épreuve des théories de la réception et de l'expédition », note sous Cass., 20 mars 1998, *R.C.J.B.*, 1999, p. 196; C. DE BAETS et C. HEILPORN, « Le point de départ du délai de cassation : twijfel of geen twijfel? », in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 47 et s.).

(10) Voy. réc. E. KRINGS, « La cassation n'est pas un troisième degré de juridiction », in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 125 et s.

(11) Voy. pour un rappel récent du principe, H. VERBIST, « De vernietiging van de arbitrale uitspraak na de hervorming van het Belgisch arbitragerecht door de wet van 19 mai 1998 », *T.P.R.*, 1998, p. 1769, n° 24; G. KRUTGEN, « Chronique de jurisprudence - L'arbitrage (1987 à 1992) », *J.T.*, 1993, p. 685, n° 62. *Add.* Civ. Bruxelles, 13 mars 1992, *Act. dr.*, 1992, p. 1377; Civ. Bruxelles, 31 mai 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 230, note R. RASIR. Le même principe interdit au

thèses limitativement énumérées par la loi (12). A l'instar de la Cour de cassation (13), le juge de l'annulation contrôle les sentences qui lui sont déférées sans juger les litiges à l'occasion desquels ces sentences ont été prononcées (14). Comme le pourvoi en cassation, le recours en annulation est dépourvu d'effet dévolutif et le procès est fait à un acte, la sentence arbitrale. Si « *la mission de la Cour de cassation est d'être le juge des juges, appréciant – dans les limites de ses pouvoirs – les décisions de ceux-ci et les procédures poursuivies devant ceux-ci* » (15), celle du juge de l'annulation est, dans les mêmes conditions, d'être le juge des arbitres.

4. Malgré ces quelques ressemblances, le pourvoi en cassation contre les décisions judiciaires et le recours en annulation des sentences arbitrales se différencient sur de nombreux points.

Ainsi, par exemple, le juge de l'annulation peut-il soulever d'office les causes d'annulation déduites de la contrariété à l'ordre public ou du caractère inarbitrable du litige (art. 1707.4 C. jud.) alors que la Cour de cassation refuse, comme on le sait, de soulever d'office des moyens en matière civile (16).

On peut également relever que certaines causes d'annulation des sentences arbitrales (art. 1704.3 C. jud.) sont relatives aux cas donnant à ouverture à requête civile contre les jugements ordinaires

juge de l'annulation de procéder au contrôle de la « dénaturation » par les arbitres de documents (Paris, 1^{er} ch. civ., 7 mai 2002, *Rev. arb.*, 2002, p. 784).

(12) J. LIEVENS, « Le juge et l'arbitre. Le contrôle de la sentence par le juge », *R.D.I.D.C.*, 1993, pp. 62-63, n° 34. Dans les deux cas, les parties peuvent renoncer, après le prononcé de la sentence ou de la décision judiciaire, aux causes d'annulation et ouvertures à cassation qui ne touchent pas à l'ordre public. L'acquiescement à une sentence arbitrale est à cet égard permis dans les mêmes limites et sous les mêmes conditions que l'acquiescement à une décision judiciaire (Bruxelles, 8^e ch., 11 mars 1998, *Pas.*, 1997, II, 52).

(13) Cass., 11 mars 1926, *Pas.*, I, 289; Cass., 6 décembre 1923, *Pas.*, 1924, I, 60; 6 juillet 1922, *Pas.*, I, 385 et la note.

(14) Ainsi que l'on relèvera dans les lignes qui suivent (*infra*, n° 5 et 6), les deux contrôles diffèrent cependant dans la mesure où la Cour de cassation vérifie si, dans un cas d'espèce déterminé, le juge du fond a respecté la procédure qui s'imposait à lui (contrôle « formel ») et s'il a donné au litige dont il était saisi une solution conforme à la loi (contrôle « normatif ») alors que le juge de l'annulation ne procède essentiellement qu'à un contrôle « formel renforcé » ou « disciplinaire ».

(15) F. DUMON, « De l'Etat de droit », *J.T.*, 1979, p. 480, n° 13.

(16) Voy. réc. J. LINSMEAU et H. BOULARBAH, « La Cour de cassation, entre le pourvoi et les conclusions du ministère public », in *Amicus curiae, quo vadis?*, Bruxelles, Bruylant-Kluwer, 2002, pp. 188 et s.

(art. 1132 à 1139 C. jud.) que l'article 1138 du Code judiciaire distingue expressément des ouvertures à cassation (17).

Il faut encore souligner que le juge de l'annulation statue sans décision de renvoi dans l'hypothèse où il annule la sentence arbitrale (18) alors qu'en cas de cassation, la Cour renvoie en règle la cause et les parties devant une juridiction souveraine de même rang que celle qui a rendu la décision attaquée (art. 1110 C. jud.).

Mais la différence majeure entre les deux procédures tient essentiellement dans la nature et la portée du contrôle exercé.

5. La Cour de cassation exerce dans le cadre de son contrôle de légalité au sens large, diverses formes de censure.

Il s'agit, pour reprendre la terminologie utilisée par le doyen PERDRIAU dans une étude récente (19), d'un contrôle « normatif » lorsqu'il porte sur le fond du droit qui a été tranché par la décision attaquée et d'un contrôle « formel et procédural » lorsqu'il porte sur la façon dont cette décision a été adoptée.

La Cour suprême exerce enfin un contrôle « disciplinaire » qui « *se situe entre les deux, tout en étant plus proche du second en ce que, comme lui, il ne s'en prend pas directement à la solution qui a été adoptée, mais essentiellement à l'un des moteurs qui l'ont déterminée* » (20). « *Dans un sens très large, ce contrôle s'exerce sur l'application des règles fondamentales qui régissent la conduite des procès et résultent notamment des principes généraux énoncés en tête du Nouveau Code de Procédure Civile ou institués par l'article 6 de la Convention EDH* » (21).

6. Sous réserve du contrôle de la contrariété de la sentence à l'ordre public (art. 1704.2 a) C. jud.), le juge de l'annulation ne véri-

(17) Comme le soulignent toutefois MM. HUYS et KEUTGEN (*L'arbitrage en droit belge et international*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 364, n° 540), ces causes « *se différencient des causes d'annulation proprement dites mais elles ont été insérées sous le même article dans un but de simplification* ».

(18) Bien qu'elle ait lieu sans renvoi, l'annulation de la sentence lie toutefois en droit non seulement les parties à la procédure arbitrale mais également les arbitres qui l'ont prononcée (Bruxelles, 25 septembre 1997, *J.T.*, 1998, p. 312). Voy. ég. l'article 1708.2 du Code judiciaire qui prévoit que lorsque les arbitres ont omis de statuer sur un ou plusieurs points du litige qui peuvent être dissociés des points sur lesquels ils ont statué, le tribunal de première instance renvoie les parties devant le tribunal arbitral pour faire compléter la sentence.

(19) A. PERDRIAU, « Le rôle disciplinaire du juge de cassation », *J.C.P.*, éd. Gén., 2002, I-150, p. 1292, n° 3. Comp. avec la distinction entre contrôle « normatif » « léger » et contrôle « normatif » « léger », J. BÉTOULLE, « La distinction contrôle lourd/contrôle léger de la Cour de cassation », *J.C.P.*, éd. Gén., 2002, I-171, pp. 1790 et s.

(20) A. PERDRIAU, *op. cit.*, p. 1292, n° 3.

(21) *Ibidem*, p. 1292, n° 4.

fié par contre pas le caractère « légalement justifié » de la sentence qui lui est déférée. Le contrôle « normatif » de la décision des arbitres lui échappe (22). L'erreur de droit n'est, en d'autres termes, pas une cause d'annulation de la sentence.

Mais le juge de l'annulation exerce, à l'instar de la Cour de cassation, une fonction « disciplinaire » sur la sentence arbitrale en ce sens qu'il vérifie les conditions dans lesquelles la décision des arbitres a été élaborée. Le litige pouvait-il être réglé par un tribunal arbitral ? Ce tribunal était-il compétent et régulièrement constitué ? Les arbitres n'ont-ils pas excédé leurs pouvoirs ? Les règles de procédure ont-elles été respectées ? La décision des arbitres est-elle motivée ? Les arbitres ont-ils statué sur tous les points litigieux ? Le juge de l'annulation est ainsi le juge de la régularité – et non de la légalité – de la sentence arbitrale.

D'ordre privé et d'origine contractuelle, la mission des arbitres n'en demeure en effet pas moins juridictionnelle (23). Elle doit dès lors, comme celle dévolue aux tribunaux étatiques (24), s'exercer dans le respect des garanties prévues par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH).

L'affirmation peut paraître péremptoire à l'heure où l'application de l'article 6 de la CEDH à l'arbitrage volontaire fait encore l'objet de nombreuses discussions (25). Il ressort cependant de celles-ci, pour le propos qui nous occupe, qu'à supposer même qu'elle ne s'applique pas directement aux arbitres, la CEDH s'impose en toute

(22) Comme l'écrit M. DERMINE, « notre législation ne prévoit pas la cassation d'une décision arbitrale pour violation d'une disposition de fond » (*L'arbitrage commercial en Belgique*, Bruxelles, Larcier, 1975, p. 70, n° 134).

(23) E. KRINGS et L. MATRAY, « Le juge et l'arbitre », *R.D.I.D.C.*, 1982, p. 241; E. KRINGS, « L'exécution des sentences arbitrales », *R.D.I.D.C.*, 1976, p. 190; Th. CLAY, *L'arbitre*, *op. cit.*, pp. 157 et s. Pour un rappel récent de la controverse (dépassée) sur le caractère contractuel ou juridictionnel de l'arbitrage, voy. Ph. DE BOURNONVILLE, *L'arbitrage*, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 57, n° 5.

(24) Voy. pour une analyse détaillée des principes processuels auxquels juge et arbitre sont conjointement soumis, Th. CLAY, *op. cit.*, pp. 162 et s.

(25) Sur lesquelles, voy. réc. les différentes contributions de P. LAMBERT, A. MOURRE, G. FLÉCHEUX, G.-A. DAL et A. CAMBI FAVRE-BULLE, in *L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001. Adde, A. KOHL, « Arbitrage et production de documents. Du droit à la preuve dans la procédure arbitrale de droit interne », *Liber Amicorum Lucien Simon*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 317, n° 7 et s. qui relève que « l'arbitre est tenu d'appliquer la Convention européenne des droits de l'homme dont l'essence s'impose à tout pouvoir juridictionnel »; Ph. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés*, Bruxelles, Bruylant, Éditions de l'ULB, 2001, pp. 104 et s.; Th. CLAY, note sous Cass. fr., 1^{re} ch. civ., 20 février 2001, *Rev. arb.*, 2001, pp. 525 et s.

hypothèse aux juridictions étatiques appelées à contrôler la régularité de la sentence arbitrale (26). Le non respect des exigences de la Convention est partant susceptible d'être sanctionné *a posteriori* par le juge de l'annulation de la sentence arbitrale (27) chargé d'assurer le respect de l'ordre public procédural dont relèvent toutes les garanties de l'article 6, § 1^{er}.

Il est ainsi permis d'invoquer à l'appui d'un pourvoi en cassation comme d'un recours en annulation, la méconnaissance des règles du procès équitable contenues à l'article 6 de la CEDH (28). La Cour de cassation et le juge de l'annulation procéderont, sur cette base, à une même vérification de la régularité « procédurale » de l'instance ayant conduit au prononcé de la décision judiciaire et de la sentence arbitrale. C'est à l'aune de ce contrôle « disciplinaire » portant sur les deux catégories d'actes juridictionnels qu'une tentative de comparaison peut être esquissée entre les ouvertures à cassation et les causes d'annulation des sentences arbitrales.

7. Il ne sera évidemment pas question de proposer dans les lignes qui suivent un examen détaillé du régime des causes d'annulation des sentences arbitrales en droit belge (29). On ne tentera évidemment pas non plus de se livrer à une étude de la « méthode de la Cour de cassation » (30).

Beaucoup plus modestement, on s'essayera, dans la perspective de la fonction « disciplinaire » décrite ci-avant, à une brève confrontation des ouvertures à cassation et des causes d'annulation des décisions des arbitres. La comparaison sera volontairement opérée afin de mesurer les apports de la « technique de cassation » au contentieux de l'annulation des sentences arbitrales et non l'inverse.

(26) Voy. not. A. KOHL, *op. cit.*, p. 318, n° 8; P. LAMBERT, « L'arbitrage et l'article 6, 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme », in *L'arbitrage et...*, *op. cit.*, p. 22, n° 7.

(27) Voy. réc. Bruxelles, 6 décembre 2000, *J.T.*, 2001, p. 572, note B. HANOTIAU. Voy. toutefois, *contra*, Bruxelles (7^e ch.), 8 octobre 2001, *J.T.*, 2002, p. 635.

(28) Voy. not. Ch. SERRAGLINI, note sous Cass. fr., 1^{re} ch. civ., 20 février 2001, *Rev. crit. d.i.p.*, 2002, p. 133, n° 9.

(29) Sur lequel, voy. J. LINSMEAU, « L'annulation des sentences arbitrales en droit belge », in *L'arbitrage. Travaux offerts au professeur Albert Fettweis*, Bruxelles, Story-Scientia, 1989, pp. 91 et s.; M. HUYS et G. KEUTGEN, *op. cit.*, pp. 348 et s.; Ph. DE BOURNONVILLE, *op. cit.*, pp. 207 et s.; D. MATRAY et F. MOREAU, « Les voies de recours contre les sentences arbitrales », in *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits*, CUP, Décembre 2002, Vol. 59, pp. 261 et s.

(30) Sur laquelle, voy. Ph. GÉRARD et M. GRÉGOIRE, « Introduction à la méthode de la Cour de cassation », *Rev. Dr. ULB.*, 1999-2, pp. 101 et s.; B. MAES, *Cassatiemiddelen naar Belgisch recht*, Gent, Mys & Breesch, 1993. Voy. en France, M.-N. JOBARD-BACHELLIER et X. BACHELLIER, *La technique de cassation*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1994, et J. BORÉ, *La cassation en matière civile*, Paris, Dalloz, 1997.

La jurisprudence de la Cour de cassation constitue en effet une source d'inspiration très fertile au sein de laquelle il est permis de puiser certains enseignements. Encore faudra-t-il vérifier si ceux-ci peuvent être transposés en tant que tels à l'action en nullité des décisions arbitrales. Enfin, on ne négligera pas, dans le cadre de cette tentative de rapprochement, d'être particulièrement attentif à l'influence déterminante qu'exerce le droit au procès équitable sur le contrôle « disciplinaire » des décisions judiciaires et des sentences arbitrales.

Le cadre limité de la présente contribution rend évidemment impossible une analyse détaillée des nombreuses questions que suscite la comparaison envisagée. Ont dès lors été volontairement retenues quatre questions qui, de par leur actualité ou leur caractère fondamental, paraissent pouvoir faire l'objet du travail de confrontation que l'on s'est proposé de réaliser.

Seront ainsi successivement et brièvement examinés :

- la détermination des éléments au regard desquels le contrôle est exercé (II)
- l'irrecevabilité des griefs nouveaux (III)
- l'influence de la méconnaissance des droits de la défense sur l'acte juridictionnel (IV)
- et enfin, le contrôle de la motivation (V).

II. - CONSTATATIONS ET PIÈCES AUXQUELLES IL Y A LIEU D'AVOIR ÉGARD DANS LE CADRE DE LA PROCÉDURE DE CONTRÔLE DE L'ACTE JURIDICTIONNEL

8. Dans le cadre de l'appréciation des griefs formulés à l'encontre d'une sentence arbitrale qui fait l'objet d'un recours en annulation, le juge étatique peut-il apprécier librement les circonstances de fait et de droit relatives aux griefs invoqués ou doit-il au contraire tenir pour acquises certaines constatations de la sentence soumise à son contrôle, comme le ferait par exemple la Cour de cassation à l'égard de la décision d'une cour d'appel ? (31)

(31) L'interrogation est de MM. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, p. 939, n° 1605.

On sait en effet que dans le cadre de l'instance en cassation, la recherche et l'appréciation des faits sont la tâche propre du juge du fond en sorte que la Cour de cassation ne peut, en règle, connaître les faits qu'à travers les constatations de la décision attaquée (32) (33). Dans certaines hypothèses, la Cour peut toutefois, pour l'appréciation d'un moyen de cassation, vérifier elle-même des faits (34). Dans ce cas, la Cour ne peut cependant se fonder que sur les faits constatés par les pièces de la procédure, les actes régulièrement soumis au juge du fond et les documents légaux ou publics dont l'examen s'imposait à ce juge (35). La Cour de cassation rejette partant les moyens dont l'examen la contraindrait à rechercher ou à vérifier d'autres faits, ce qui est hors de son pouvoir (36). De tels moyens, parfois qualifiés de « *mélangés de fait et de droit* » (37), sont irrecevables même s'ils sont fondés sur l'application d'une règle d'ordre public ou impérative (38).

Même si son application en pratique demeure souvent délicate, la règle paraît simple : lorsqu'à l'appui d'un moyen de cassation, le demandeur fait valoir des moyens qui ne résultent pas des pièces précitées, les seules « *auxquelles la Cour peut avoir égard* », le moyen manquera en fait ou, dans une autre conception, sera non recevable car mélangé de fait et de droit (39) : il obligerait en effet la Cour de cassation à se livrer à des recherches de fait pour apprécier le fondement du moyen, ce qui échappe à sa compétence. Manque dès lors en fait le moyen qui repose sur des allégations de fait qui ne trouvent appui ni dans la décision attaquée, ni dans les pièces auxquelles la Cour peut avoir égard (40).

(32) F. DUMON, « De l'Etat de droit », *J.T.*, 1979, pp. 479 et s.

(33) En revanche, on sait que la Cour de cassation recherche, vérifie et apprécie elle-même, à partir des pièces régulièrement produites devant elle, les faits nécessaires à la recevabilité du pourvoi. Ce pouvoir peut même aller jusqu'à conduire la Cour à conclure à l'irrégularité d'une signification en raison d'un abus de droit commis par le défendeur en cassation (Cass., 29 mars 2001, C.00.190.F, inédit).

(34) Sur ces hypothèses, voy. F. DUMON, *op. cit.*, pp. 480 et s.

(35) Voy. P.A. FORIERS, « La preuve du fait devant la Cour de cassation », in *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981, pp. 123 et s.

(36) Cass., 23 juin 1997, *Pas.*, I, 728; Cass., 14 mai 1970, *Pas.*, I, 807.

(37) Sur les critiques que l'on peut adresser à cette qualification, voy. F. DUMON, *op. cit.*, p. 500, n° 27.

(38) Cass., 30 septembre 2002, S.020020.N, inédit; Cass., 16 septembre 1996, *Pas.*, I, 811; Cass., 18 septembre 1995, *Pas.*, I, 818; Cass., 7 octobre 1994, *Pas.*, I, 801; Cass., 11 juin 1993, *Pas.*, I, 563.

(39) Cass., 26 novembre 1975, *Pas.*, 1976, I, 392.

(40) Cass., 17 février 1976, *Pas.*, I, 675.

A l'inverse, la Cour cassera la décision attaquée lorsque l'examen des pièces ne lui permet pas de vérifier si la formalité dont la violation est alléguée a en réalité été accomplie (41). Dans ce cas, les juges de cassation sont en effet placés dans l'impossibilité d'exercer leur contrôle.

9. Ces principes peuvent-ils être transposés à l'office du juge de la régularité des décisions arbitrales? Celui-ci est-il, en d'autres termes, lié, dans le cadre de l'appréciation des griefs invoqués à l'encontre de la sentence, par les constatations de fait ressortant de la décision des arbitres et des pièces de la procédure? Ou peut-il librement avoir égard à de nouveaux faits ou de nouvelles pièces qui seraient invoqués ou produits par le demandeur en annulation?

Alors qu'elle a reçu l'attention de la doctrine et de la jurisprudence françaises et suisses, cette question n'a, à notre connaissance, jamais été étudiée en Belgique.

10. En droit français, la solution paraît à première vue clairement fixée. « *La nature du contrôle exercé [par le juge de l'annulation] commande de conclure à la totale liberté d'appréciation des circonstances de la cause, tant en fait qu'en droit, des juridictions chargées de l'exercer* » (42). Aussi, aucune limitation n'est-elle en principe apportée aux pouvoirs de la cour d'appel (43) de rechercher en droit et en fait tous les éléments concernant les vices dont la sentence pourrait être affectée (44). La règle s'applique notamment au contrôle de l'existence de la convention d'arbitrage (45) ou encore à l'examen de la validité de la constitution du tribunal arbitral (46).

La question est plus délicate en cas de violation alléguée de l'ordre public ou de l'ordre public international (47). La cour d'appel de Paris semble avoir admis dans plusieurs arrêts que le contrôle du juge de l'annulation puisse, dans ce cas également, s'étendre à la recherche de tous les éléments de faits nécessaires à sa mission de

(41) Voy. en ce qui concerne le défaut de réponse à des conclusions dont le dépôt a été constaté mais qui ne figurent pas au dossier de la procédure (Cass., 5 novembre 1976, *Pas.*, 1977, I, 271).

(42) Ph. FOUCHARD e.a., *op. cit.*, p. 939, n° 1605.

(43) Instance compétente, en vertu de l'article 1486 du Nouveau Code de Procédure Civile (NCP), pour connaître des recours en annulation dirigés contre les sentences arbitrales.

(44) Cass. fr., 1^{re} civ., 6 janvier 1987, *Rev. arb.*, 1987, p. 469, note Ph. LEBOULANGER.

(45) Paris, 1^{re} ch. civ., 22 novembre 2001, *Rev. arb.*, 2001, p. 929.

(46) Cass. fr., 1^{re} civ., 4 décembre 1990, *Rev. Arb.*, 1991, p. 81.

(47) Voy. Y. DERAÏNS, « Chronique de jurisprudence française », *Rev. arb.*, 2001, pp. 810 et s.; Ch. SERAGLINI, note sous Paris, 1^{re} ch. civ., 14 juin 2001, *Rev. arb.*, 2001, p. 781.

vérification (48). Elle paraît toutefois être récemment revenue sur cette solution en considérant désormais que le « *contrôle du respect des règles d'ordre public de l'article 1484-6° NCPC doit être mené à partir des éléments de fait et de droit retenus par les arbitres dans leur sentence compte tenu de qui a été plaidé devant eux* » (49). Toutefois, cette dernière jurisprudence ne vise en réalité pas la recherche des éléments de fait mais bien leur appréciation. Elle ne concerne pas la question étudiée ici mais plutôt l'étendue de la révision au fond de la sentence lorsqu'il est reproché aux arbitres d'avoir méconnu l'ordre public (50). Lorsque la cour d'appel de Paris décide qu'elle doit avoir égard aux « *éléments de fait retenus par les arbitres* », elle vise non pas tant les constatations de fait des arbitres mais bien leur qualification par ces derniers (51). En d'autres termes, si le juge de l'annulation est tenu par l'appréciation souveraine des arbitres, son contrôle n'est en revanche pas limité aux seuls éléments de fait soumis au tribunal arbitral (52).

Bien que le principe ait été fixé en sens inverse en droit suisse (53), le Tribunal fédéral décide toutefois qu'il peut se livrer à une appréciation propre des circonstances de l'espèce lorsqu'il doit vérifier la compétence du tribunal arbitral (54), les modalités de constitution de celui-ci ou encore la conformité de la sentence à l'ordre public international (55).

(48) Paris, 1^{re} ch. civ., 5 avril 1990, *Rev. arb.*, 1992, p. 110; Paris, 30 septembre 1993, *Rev. arb.*, 1994, p. 359, note D. BUREAU; Paris, 10 septembre 1998, *Rev. arb.*, 2001, p. 583, note J.B. RACINE.

(49) Paris, 1^{re} ch. civ., 20 avril 2000, *Rev. arb.*, 2001, p. 809, note Y. DERAÏNS.

(50) Comp. on droit belge, G. HORMANS, « L'arbitrage et l'ordre public interne belge », *Rev. arb.*, 1978, p. 79.

(51) La preuve en est que la jurisprudence admet un contrôle plus approfondi lorsque le moyen d'ordre public n'a pas été soulevé devant les arbitres et que, partant, ceux-ci n'ont pu se livrer à une appréciation des faits au regard de ce moyen (voy. Paris, 1^{re} ch. civ., 14 juin 2001, *Rev. arb.*, 2001, p. 809, note Y. DERAÏNS).

(52) Voy. contra Ch. SERAGLINI, *op. cit.*, *Rev. arb.*, 2001, p. 800 qui relève que « *le juge ne doit ici montrer aucune soumission aux constatations, appréciations et qualifications retenues par l'arbitre; il doit se faire sa propre opinion. Tout au plus, on pourrait admettre, et tel semble être le sens de l'arrêt CCA, que le juge analyse la situation à partir des éléments de fait tels qu'ils ont été soumis aux arbitres* ».

(53) Ph. FOUCHARD e.a., *op. cit.*, p. 940, n° 1605.

(54) Trib. Féd., 30 décembre 1994, *Bull. ASA*, 1995, p. 217.

(55) Trib. Féd., 2 septembre 1993, *Bull. ASA*, 1994, p. 244. Toutefois, en cas d'appréciation de la conformité de la sentence à l'ordre public, le tribunal ne revoit pas les constatations de fait des arbitres, même lorsqu'elles sont « *insoutenables* », sous réserve que les faits aient été établis dans le respect des garanties minimales de procédure (voy. P.-Y. TSCHANZ et J.-M. VULLIEMIN, « Chronique de jurisprudence étrangère - Suisse », *Rev. arb.*, 2001, p. 887).

11. Qu'en est-il en droit belge? Ce qui justifie l'interdiction pour la Cour de cassation d'avoir égard à de nouvelles pièces est la nécessité d'éviter de dénaturer « l'institution et la procédure qui lui est inhérente » (56). Le recours à de nouveaux éléments de fait « n'est pas nécessaire – et dès lors il n'est pas justifié – pour que la Cour puisse accomplir sa mission. Il ne saurait dès lors être admis » (57). Le recours à de nouvelles pièces peut, en revanche, être nécessaire et, partant, justifié dans le cadre d'une action en annulation d'une sentence arbitrale, qu'il s'agisse de démontrer l'absence de convention d'arbitrage, la violation des droits de la défense, une irrégularité dans la constitution du tribunal arbitral, l'inarbitrabilité du litige ou encore le manque d'impartialité des arbitres (58).

Pourvoi en cassation et recours en annulation se distinguent ici nettement. La fonction de la Cour de cassation lui interdit de remettre en cause les éléments de fait sur la base desquels les juges du fond ont statué ou auraient dû statuer. Une telle interdiction ne s'étend pas au juge saisi d'une demande en annulation d'une sentence arbitrale. Si, comme la Cour de cassation, le juge de la régularité des décisions des arbitres ne peut en principe se livrer à une appréciation des faits et doit à cet égard se référer à celle qui a été souverainement réalisée par le tribunal arbitral, il n'est en revanche pas limité dans le cadre du contrôle qu'il exerce sur la sentence par les constatations et pièces qui ont régulièrement été soumises aux arbitres (59). Contrairement à la Cour suprême, il peut donc avoir égard à des nouvelles pièces, voire à de nouveaux faits, pour apprécier les griefs invoqués devant lui (60).

Dans la mesure où l'action en annulation est plus « une voie de droit qui tend à une censure de la légalité de la décision arbitrale » (61) qu'une véritable voie de recours, on comprend qu'à la différence du pourvoi en cassation, le demandeur en nullité puisse produire à l'appui de son action de nouvelles pièces ou documents de nature à éta-

(56) F. DUMON, *op. cit.*, p. 480, n° 13.

(57) *Ibidem.*

(58) A la condition, bien entendu, que le demandeur en nullité ne se soit pas abstenu d'invoquer ces griefs devant les arbitres alors qu'il en avait connaissance (voy. *infra*, III).

(59) Comp. D. FOUSSARD, note sous Cass., 2° ch. civ., 7 janvier 1999, *Rev. arb.*, 1999, p. 283.

(60) Le propos mérite d'être nuancé. Ainsi, est-il évidemment exclu que le juge de l'annulation puisse avoir égard à d'autres pièces que la sentence arbitrale pour établir une contradiction de motifs, Cass. fr., 2° ch. civ., 7 janvier 1999, *Rev. arb.*, 1999, p. 272, note D. FOUSSARD.

(61) C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, Tome I, Bruxelles, Larcier, 1974, p. 250, note (110).

blir les irrégularités qu'il invoque (62). A l'inverse de la Cour de cassation, le juge de l'annulation n'est en effet pas tenu de statuer dans les conditions mêmes où se trouvaient les arbitres quand ils ont été appelés à vider la contestation entre les parties.

La solution se justifie enfin sur le plan pratique. Contrairement aux cours et tribunaux (art. 720 et s. C. jud.), les arbitres ne sont pas astreints à tenir un dossier de la procédure dont résulteraient les éléments de fait auxquels le juge de l'annulation pourrait uniquement avoir égard.

III. – L'IRRECEVABILITÉ DES GRIEFS NOUVEAUX

12. Il est établi que pour être recevable devant le juge étatique, le grief invoqué à l'encontre de la sentence doit avoir été soulevé, chaque fois que cela était possible, devant le tribunal arbitral lui-même (63). Le comportement consistant à invoquer un vice de la sentence seulement dans le cadre du recours en annulation, alors que ledit vice aurait déjà pu être soulevé en cours de procédure, constitue en effet une violation du principe de bonne foi (64). A l'instar de la théorie du moyen nouveau en instance de cassation, une partie est donc irrecevable à faire grief aux arbitres d'avoir commis une irrégularité lorsqu'elle ne l'a pas elle-même dénoncée devant le tribunal arbitral.

A l'inverse de la procédure en cassation, l'irrecevabilité ne sanctionnera toutefois que le demandeur en annulation qui avait déjà eu connaissance de l'irrégularité lors de la procédure arbitrale. Il ne peut être reproché à une partie de ne pas avoir soulevé devant le tribunal arbitral un grief qu'elle n'aurait découvert qu'après le prononcé de la sentence.

13. L'article 1704.4 du Code judiciaire prévoit ainsi un mécanisme particulier de couverture de certains des cas de nullité des sentences. Ne sont pas retenus comme causes d'annulation, l'ab-

(62) Le défendeur en annulation pourra quant à lui invoquer des éléments extrinsèques à la sentence arbitrale pour démontrer l'irrecevabilité ou le défaut de fondement des griefs invoqués par le demandeur.

(63) Voy. sur cette question, l'étude d'ensemble de L. CADIET, « La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale », *Rev. arb.*, 1996, pp. 3 et s.

(64) Paris, 1^{re} ch. civ., 5 juillet 2001, *Rev. arb.*, 2001, p. 913; Paris, 1^{re} ch. civ., 7 mars 2002, *Rev. arb.*, 2002, p. 771.

sence de convention d'arbitrage, l'excès de compétence ou de pouvoirs du tribunal arbitral et l'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral lorsque la partie qui s'en prévaut en a eu connaissance au cours de la procédure arbitrale et ne les a pas alors invoqués (65).

Assez curieusement, aucune couverture n'est expressément prévue pour le grief tiré de la violation des droits de la défense et des règles impératives de la procédure arbitrale (art. 1704.2 g) du Code judiciaire) alors même que cette méconnaissance aurait été connue d'une des parties et non immédiatement dénoncée.

Faut-il partant considérer qu'une telle violation peut être alléguée pour la première fois devant le juge de la régularité de la sentence arbitrale même si le demandeur en annulation s'est abstenu de l'invoquer devant les arbitres alors qu'il en avait la possibilité? Répondre à cette interrogation par l'affirmative conduirait à une situation particulièrement choquante.

Sachant que le moyen de cassation qui invoque pour la première fois une violation des droits de la défense est irrecevable (66), il nous paraît que, par analogie avec la « technique de cassation », il y aurait lieu de considérer de manière prétorienne (67), que le moyen d'annulation qui invoque pour la première fois la violation des droits de la défense est irrecevable lorsque la partie qui l'invoque ne l'a pas soulevé en temps utile devant les arbitres alors qu'elle en avait l'occasion (68).

Tel est du reste le régime applicable en droit français où la violation des droits de la défense doit être dénoncée en temps utile (69) et ce, alors même que, à l'inverse du droit belge, le NCPC ne contient pas de disposition prévoyant que certaines irrégularités de la procédure arbitrale sont couvertes si elles n'ont pas été invoquées en temps utile lorsque la partie en a eu connaissance.

(65) Voy. pour des applications récentes de la règle à propos de la régularité de la constitution du tribunal arbitral, Civ. Bruxelles, 12^e ch., 4 avril 2001, R.G. n° 00/10.507/A et n° 00/10.611/A, inédit et Civ. Mons, 21 mars 2000, R.R.D., 2001, p. 55.

(66) Voy. not. Cass., 13 février 2002, P.01.1513.F, inédit; Cass., 14 janvier 1999, Pas., I, 53; Cass., 29 septembre 1977, Pas., 1978, I, 124.

(67) A l'instar du droit français, voy. L. CADIET, *op. cit.*, p. 18, n° 14.

(68) Comp. à propos de la violation du principe d'égalité dans la désignation des arbitres, Liège, 17 novembre 1993, R.R.D., 1994, p. 89.

(69) Ph. FOUCHARD *e.a.*, *op. cit.*, n° 1643. Voy. ég. en ce qui concerne le droit suisse qui se prononce dans le même sens, L. MATRAY, « Le principe de la contradiction dans l'arbitrage commercial international », in *Liber amicorum J. van den Heuvel*, Anvers, Kluwer, 1999, p. 211.

14. L'article 1704.5 du Code judiciaire contient lui aussi un régime spécifique d'irrecevabilité de certains griefs nouveaux. Aux termes de cette disposition, « les causes de récusation et d'exclusion des arbitres prévues aux articles 1690 et 1692 du Code judiciaire ne constituent pas des causes d'annulation au sens de l'alinéa 2, lettre f) du présent article, alors même qu'elles ne seraient connues qu'après le prononcé de la sentence ».

On comprend aisément qu'une partie ne puisse attendre l'instance en annulation pour invoquer pour la première fois l'existence d'une cause de récusation en la personne de l'un des arbitres. A l'instar du régime prévu par l'article 833 du Code judiciaire pour les procédures étatiques (70), celui qui veut récuser un arbitre doit le faire immédiatement après qu'il ait découvert l'existence d'une cause de récusation en la personne de celui-ci. Mais peut-on aller jusqu'à interdire, comme paraît le faire l'article 1704.5 du Code judiciaire, au demandeur en annulation de se prévaloir d'un défaut d'indépendance et d'impartialité des arbitres s'il n'a eu connaissance de celui-ci qu'après le prononcé de la sentence?

On n'a pas manqué de relever que « l'article 1704, § 5, du Code judiciaire paraît peu compréhensible lorsque la partie n'a eu connaissance de la cause de récusation ou d'exclusion qu'après le prononcé de la sentence arbitrale » (71). Plus récemment, on a même pu écrire que cet article paraissait « aberrant dès lors qu'il vise également les hypothèses où la découverte de la circonstance préjudiciant l'indépendance de l'arbitre se situe postérieurement au prononcé de la sentence » (72).

Le défaut d'impartialité des arbitres n'étant pas repris en tant que tel dans la liste des causes d'annulation limitativement énumérées par l'article 1704.2 du Code judiciaire, un premier moyen d'échapper au régime d'irrecevabilité prévu par l'article 1704.5 du même Code consisterait à défendre que le fondement légal à invoquer à l'appui du grief pris de la partialité du tribunal arbitral est la violation de l'ordre public (art. 1704.2 a) C. jud.) et non le fait

(70) Sur le régime duquel, voy. réc. Cass., 14 décembre 2000, Pas., I, 1746; Cass., 18 novembre 1997, Pas., I, 1215 et les conclusions de M. l'avocat général BRESSELEERS, publiées à leur date dans A.C., n° 485; Cass., 22 janvier 2003, P.03.0061.F., inédit.

(71) J. LENSMEAU, « L'annulation... », *op. cit.*, p. 100, n° 78. Voy. ég. M. HUYS et G. KRUTGEN, *op. cit.*, p. 357, n° 530 qui écrivent que le fait que cette règle s'applique même si la partie n'a connaissance de la cause de récusation ou d'exclusion qu'après le prononcé de la sentence, « se comprend moins » que si elle avait été informée pendant le déroulement de la procédure arbitrale.

(72) M. HENRY, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, Paris, LGDJ, 2001, p. 282, n° 421.

que la sentence n'a pas été rendue par un tribunal arbitral régulièrement constitué (art. 1704.2 f) C. jud).

Cette thèse pouvait être retenue avant la modification de l'article 1690.1 du Code judiciaire par la loi du 19 mai 1998 (73). Les causes de récusation des arbitres étaient en effet alors celles prévues par les articles 828 et s. du Code judiciaire et le défaut d'impartialité ne figurait, à l'époque (74), pas parmi ces causes (75).

Depuis la loi du 19 mai 1998, l'article 1690.1 du Code judiciaire prévoit toutefois que « les arbitres peuvent être récusés s'il existe des circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur leur impartialité ou leur indépendance » (76). Toute circonstance peut dès lors désormais être invoquée à l'appui d'une demande en récusation. Dans la mesure où l'article 1704.5 du Code judiciaire vise les causes de récusation énoncées à l'article 1690.1 du Code judiciaire en les rattachant « artificiellement » à la composition régulière du tribunal arbitral (77), il rend désormais irrecevable l'invocation d'un défaut d'impartialité à l'appui d'un éventuel recours en annulation, même lorsque cette circonstance n'est découverte qu'après le prononcé de la sentence.

(73) Voy. d'ailleurs dans ce sens, Bruxelles, 8 octobre 2001, *J.T.*, 2002, p. 635.

(74) En effet, depuis sa modification par la loi du 10 juin 2001, l'article 828, 1^o, du Code judiciaire prévoit « la suspicion légitime » comme cause de récusation, ce qui paraît également viser tout défaut d'impartialité du juge au sens large (H. BOULARBAH, « Chronique de législation - Droit privé belge » (1^{er} juillet 2001 - 31 décembre 2001), *J.T.*, 2002, p. 257) Voy. toutefois note suivante.

(75) La Cour de cassation estime en effet, considérant que les causes de récusation sont limitativement énumérées par la loi, que la violation de l'article 6 de la CEDH ne peut être invoquée par la voie de la récusation mais uniquement, le cas échéant, dans le cadre de l'exercice d'une voie de recours, poursuivant la nullité de la décision rendue, sur pied de l'exigence déduite du droit à un procès équitable (Cass., 19 novembre 1998, *Pas.*, I, 1145; Cass., 6 octobre 1998, *Pas.*, I, 1015; Cass., 24 septembre 1998, *Pas.*, I, 980; Cass., 4 février 1997, *Pas.*, I, 169; Cass., 24 novembre 1994, *Pas.*, I, 1009). On aurait pu penser que la récente modification de l'article 828, 1^o, du Code judiciaire (voy. note précédente) aurait conduit la Cour à modifier sa jurisprudence, la notion de « suspicion légitime » paraissant englober le défaut d'impartialité objective au sens large. Telle n'est toutefois pas l'opinion de la Cour de cassation qui dans un arrêt du 23 juillet 2002 (P.02.1083.F, inédit) a estimé que n'est pas fondée une requête en récusation « qui n'invoque pas la suspicion légitime visée à l'article 828, 1^o, du Code judiciaire, et énonce comme seule cause de récusation le risque de partialité des juges et déclare se fonder sur l'article 6, § 1^{er}, de la CEDH ». Cette jurisprudence au formalisme stérile doit être critiquée.

(76) Cette modification fut justifiée par la volonté de mettre le droit belge de l'arbitrage en concordance avec d'autres droits européens (G. HORSMANS, « La loi belge du 19 mai 1998 sur l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1999, p. 515, n^o 54).

(77) La même solution est retenue en France, voy. S. CRÉPIN, *Les sentences arbitrales devant le juge français*, Paris, LGDJ, 1995, p. 225, n^o 354 et la critique de M. HENRY, *op. cit.*, p. 282, n^o 421.

15. Ce régime paraît contraire à l'article 6, § 1^{er}, de la CEDH. La Cour européenne des droits de l'homme a en effet admis la validité d'une renonciation à la garantie d'impartialité des arbitres lorsque celle-ci n'est pas invoquée en temps opportun et que le plaideur qui n'a pas invoqué le moyen tiré de l'absence d'impartialité, qu'il connaissait, devant le tribunal arbitral, ne puisse le faire pour la première fois, à l'appui du recours contre cette décision (78). Il y a lieu de penser que, selon la Cour, l'impartialité des arbitres doit par contre pouvoir être invoquée lorsqu'elle n'a été découverte que postérieurement au prononcé de la sentence et que les parties n'ont par hypothèse pas pu y renoncer (79).

La « technique de cassation » confirme également cette solution.

16. Si la Cour de cassation déclare nouveau et, partant, irrecevable un moyen de cassation invoquant pour la première fois une cause de récusation ou un défaut d'impartialité (80), c'est uniquement lorsqu'il était loisible au demandeur en cassation d'invoquer ce moyen devant les juges du fond et qu'il s'est abstenu de le faire.

Il paraît en revanche que le moyen invoquant pour la première fois une cause de récusation ou un défaut d'impartialité dans le chef du juge ayant rendu la décision attaquée est recevable lorsque le demandeur n'a pas eu la possibilité de soumettre un tel moyen aux juges du fond, ce qui est évidemment le cas lorsque la cause de récusation a été découverte après le prononcé de la décision attaquée.

En outre, un moyen pris d'un défaut d'impartialité du juge peut être invoqué pour la première fois en degré de cassation lorsque la participation du juge à la décision viole une règle essentielle de l'administration de la justice (81).

Ce régime doit, selon nous, être transposé au contentieux de l'annulation des sentences arbitrales.

(78) C.E.D.H., *Suovaniemi et autres c. Finlande*, 23 février 1999, *Rec.*, 1999-II.

(79) Voy. Ph. FRUMER, *op. cit.*, p. 119, n^{os} 161 et 162.

(80) Voy. en particulier, Cass., 30 janvier 1998, *Pas.*, I, 150; Cass., 10 avril 1995, *Pas.*, I, 407; Cass., 29 avril 1991, *Pas.*, I, 770.

(81) Cass., 17 février 2003, S.02.0061.F., inédit; Cass., 19 décembre 2002, C.02.0285.F., inédit; Cass., 4 mars 1991, *Pas.*, I, 628; Cass., 14 février 1977, *Pas.*, I, 634; Cass., 13 octobre 1975, *Pas.*, 1976, I, 181 et la note J.V.

Il faut donc considérer, avec une doctrine récente (82), suivie par la jurisprudence (83), que le grief d'impartialité des arbitres touche à l'ordre public procédural (art. 1704.2 a) C. jud.), garanti par l'article 6, § 1^{er}, de la CEDH, et non à l'irrégularité de la composition du tribunal (art. 1704.2 f) C. jud.) en sorte qu'il peut, nonobstant l'article 1704.5 du Code judiciaire, être invoqué pour la première fois à l'appui d'un recours en annulation, pour autant qu'il ne ressorte pas des pièces de la procédure que l'auteur du recours en annulation a renoncé à ce moyen alors qu'il avait une parfaite connaissance du défaut d'impartialité et s'est abstenu d'invoquer celui-ci devant les arbitres (84).

IV. — LA VIOLATION DES DROITS DE LA DÉFENSE : INFLUENCE OU NON SUR L'ACTE JURIDICTIONNEL ?

17. Une des questions qui demeure controversée en droit belge de l'arbitrage est de savoir si la violation des droits de la défense ou du principe du contradictoire (85) doit avoir exercé une incidence sur la sentence arbitrale pour que ce motif puisse entraîner l'annulation de la décision des arbitres.

La discussion provient du libellé malhabile de l'article 1704.2 g) du Code judiciaire qui énonce que la sentence arbitrale peut être annulée « s'il n'a pas été donné aux parties la possibilité de faire valoir leurs droits et moyens ou s'il y a eu méconnaissance de toute autre règle impérative de la procédure arbitrale, pour autant que cette méconnaissance ait eu une influence sur la sentence arbitrale ».

(82) Voy. M. HENRY, *op. cit.*, p. 295, n° 439; Th. CLAY, *op. cit.*, p. 374, n° 444.

(83) Civ. Bruxelles, 4 avril 2001, précité qui admet que « le respect de l'ordre public au sens de l'article 1704.2 a) du Code judiciaire, impose aux arbitres de permettre aux parties de faire valoir leurs droits, à la suite d'un débat contradictoire, et de juger de façon impartiale » (nous soulignons). Voy. ég. Civ. Bruxelles, 15 octobre 1975, *J.T.*, 1976, p. 494.

(84) Voy. en droit français, Paris, 27 septembre 2001, *Rev. arb.*, 2001, p. 916; Paris, 12 décembre 1996, *Rev. arb.*, 1998, p. 699, obs. D.B.; Paris, 2 juin 1989, *Rev. arb.*, 1991, p. 87.

(85) Sur l'étendue de ce principe, voy. réc. S. GUINCHARD, M. BANDRAC, X. LAGARDE et M. DOUCHY, *Droit processuel*, *op. cit.*, pp. 754 et s.; L. MATRAY, « Le principe de la contradiction dans l'arbitrage commercial international », in *Liber amicorum J. van den Heuvel*, Anvers, Kluwer, 1999, pp. 193 et s.; B. HANOTIAU, « Le principe du contradictoire devant les tribunaux arbitraux », obs. sous Bruxelles, 25 septembre 1997, *J.T.*, 1998, p. 314; C. KESSEDIAN, « Principe de la contradiction et arbitrage », *Rev. arb.*, 1995, pp. 381 et s.; S. GUINCHARD, « L'arbitrage et le respect du contradictoire », *Rev. arb.*, 1997, pp. 185 et s. *Adde*, Bruxelles, 9^e chambre, 22 février 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1521.

Une analyse purement textuelle de cette disposition, confirmée par les travaux préparatoires (86), conduit à penser qu'elle contient deux causes d'annulation distinctes dont seule la seconde est subordonnée à la démonstration d'un grief. Selon une partie importante de la doctrine, cette constatation n'est partant pas requise pour censurer la violation du principe contradictoire (87).

Telle n'est toutefois pas l'opinion d'autres auteurs pour lesquels le vice déduit de la méconnaissance des droits de la défense doit être considéré au regard de l'incidence de l'irrégularité commise sur la sentence rendue (88).

La question est loin d'être théorique. Si un document non communiqué à l'une des parties est visé par les arbitres dans leur sentence, faut-il exiger de la victime de cette violation flagrante du principe contradictoire la preuve que si elle avait été en mesure de se prononcer sur cette pièce, elle aurait été à même de convaincre le tribunal arbitral de modifier le sens de sa décision ?

18. Les droits étrangers et le droit conventionnel offrent à cette interrogation des réponses diverses.

En droit français, la méconnaissance du principe de la contradiction n'entraînerait l'annulation de la sentence qu'à la condition que le non respect des droits de la défense ait porté sur un élément de fait ou de droit pertinent, c'est-à-dire de nature à influencer sur l'issue du litige (89). En vertu d'une jurisprudence « classique », « l'annulation d'une sentence arbitrale sur le fondement de la violation du principe de la contradiction implique qu'il soit démontré que les éléments d'information utilisés par les arbitres n'ont pas été soumis au débat contradictoire » (90). Le moyen déduit de la violation des droits de la

(86) *Doc. Parl.*, Chambre, 1970-71, n° 988-1, p. 26, n° 119.

(87) Voy. not. E. KRINGS et L. MATRAY, « Le juge et l'arbitre », *R.D.I.D.C.*, 1982, p. 231; M. HUYS et G. KEUTGEN, *op. cit.*, p. 359, n° 533; J. LIEVENS, *op. cit.*, p. 68, n° 44; J. LINSMEAU, « L'annulation... », *op. cit.*, p. 102, n° 79; Ph. DE BOURNONVILLE, *op. cit.*, p. 212, n° 282; L. MATRAY, « Le principe de la contradiction... », *op. cit.*, p. 198; L. DERMINE, observations sous Civ. Charleroi, 1^{er} décembre 1978, *R.R.D.*, 1979, p. 948. Voy. ég. Civ. Bruxelles, 4^e ch., 25 octobre 1996, *J.T.*, 1997, p. 394; Anvers, 1^{er} ch., 26 juin 2000, *R.D.J.P.*, 2001, p. 183, note K. VAN DANME.

(88) C. CAMBIER, *op. cit.*, p. 253; E. KRINGS, *op. cit.*, *R.D.I.D.C.*, 1976, pp. 188-189; A. FETTWEIS, *op. cit.*, p. 708, n° 1169; B. HANOTIAU, « Le principe du contradictoire... », *op. cit.*, p. 314, n° 4. Voy. ég. Bruxelles, 8^e ch., 23 novembre 1999, R.G. n° 1998/KR/406, inédit.

(89) S. GUINCHARD, M. BANDRAC, X. LAGARDE et M. DOUCHY, *Droit processuel*, *op. cit.*, p. 756, n° 624.

(90) Nous soulignons. Cass. fr., 2^e ch. civ., 21 juin 1995, *Rev. arb.*, 1995, p. 448; Cass. fr., 2^e ch. civ., 30 septembre 1999, *Rev. arb.*, 2000, p. 269, note J.-G. BETTO.

défense ne peut partant être accueilli lorsqu'il ne critique qu'un motif surabondant de la sentence arbitrale.

Tel est, par exemple, le cas lorsque l'arbitre a partiellement fondé sa sentence sur une jurisprudence dont il était l'auteur, sans la communiquer aux parties ni leur permettre de la discuter contradictoirement mais que cette référence est surabondante, la décision restant justifiée par la seule référence aux usages de la profession d'avocat (91). Il est pareillement indifférent que les arbitres aient procédé à des investigations personnelles sans soumettre le résultat de celles-ci aux parties dès lors qu'ils ne retiennent pas dans leur sentence le résultat de ces investigations mais se bornent à déduire les conséquences d'éléments déjà tous antérieurement produits et débattus (92). Il en va encore de même lorsque les arbitres ne se sont pas fondés sur les pièces tardivement communiquées (93).

Paraissant s'écarter de cet enseignement unanime, un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation de France du 10 novembre 1998 a censuré la cour d'appel qui avait rejeté le moyen d'annulation déduit de la violation des droits de la défense au motif que la décision arbitrale n'était pas fondée sur la conversation téléphonique d'ordre général que l'un des arbitres avait eu avec une des parties (94). Comme on a pu le faire remarquer, cette « nouvelle rigueur aurait le mérite d'éviter une trop grande immixtion du juge étatique dans la sentence arbitrale, pour ne retenir que la simple constatation objective de l'existence des actes d'investigation et leur caractère contradictoire » (95).

La jurisprudence suisse, apparemment plus solidement fixée, exige quant à elle la démonstration que le grief porte sur un motif sans lequel la sentence ne pourrait subsister (96).

La question est en revanche plus débattue dans le cadre de la Convention de New-York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Certains auteurs défendent l'idée que l'accueil du motif de refus d'exécution, visé par

(91) Cass. fr., 1^{re} ch. civ., 3 juin 1998, *Rev. arb.*, 1999, p. 71, note E. LOQUIN. Voy. ég. à propos du refus d'annuler une sentence arbitrale se fondant à titre surabondant sur « les usages normaux de la pratique du commerce international », Paris, 1^{re} ch. civ., 6 décembre 2001, *Rev. arb.*, 2001, p. 933.

(92) Cass. fr., 1^{re} ch. civ., 16 mars 1999, *Rev. arb.*, 1999, p. 309.

(93) Cass. fr., 2^e ch. civ., 30 septembre 1999, *Rev. arb.*, 2000, p. 269, note J.-G. BETTO.

(94) Cass. fr., 2^e ch. civ., 10 novembre 1998, *Rev. arb.*, 1998, p. 680, note J.-G. BETTO.

(95) J.-G. BETTO, *op. cit.*, p. 683.

(96) Trib. Féd., 7 avril 1993, *Bull. ASA*, 1993, p. 525, note J.B.

l'article V, 1, b), de la Convention, et déduit de la violation du contradictoire, est subordonné à la démonstration d'un grief (97). D'autres enseignent par contre que l'irrégularité est à elle seule suffisamment importante pour justifier le refus d'exécution sans que la partie qui en a été victime se voie imposer la charge supplémentaire de la preuve d'un grief (98).

19. Face à ces incertitudes, la « technique de cassation » offre-t-elle des éléments de réponse ?

On sait en effet que lorsqu'un moyen de cassation ne critique qu'une considération surabondante de la décision attaquée ou qu'un motif sans incidence sur la légalité du dispositif, il est irrecevable à défaut d'intérêt et ce, même si ces motifs, donnés par le juge du fond pour justifier sa décision, sont contestables du point de vue formel ou de leur aptitude à justifier légalement le dispositif (99).

Une telle jurisprudence est-elle transposable au grief déduit du non respect du principe du contradictoire (100) ? En d'autres termes, le moyen de cassation pris de la méconnaissance du principe général de droit imposant le respect des droits de la défense est-il irrecevable lorsque, dans le cas d'espèce, cette violation est sans incidence sur la légalité de la décision déferée à la censure de la Cour ?

Dans certains arrêts, la Cour a admis que le moyen pris de la méconnaissance des droits de la défense est, comme tout autre moyen, irrecevable à défaut d'intérêt lorsque cette violation n'exerce en fait aucune influence sur le caractère légalement justifié de la décision attaquée.

Ainsi, dans un arrêt du 20 mars 1973, la Cour a décidé qu'est dénué d'intérêt et, partant, irrecevable le moyen de cassation pris de ce que le juge d'appel a violé les droits de la défense en écartant

(97) J. ROBERT, *L'arbitrage*, 5^e éd., 1983, p. 345, n° 405; A.J. VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958*, Kluwer, Deventer, 1981, p. 301.

(98) Voy. not. J. LINSMEAU, note sous Bruxelles, 24 janvier 1997, *Rev. arb.*, 1998, p. 206, n° 39 et les références citées.

(99) Cass., 11 octobre 1993, *Pas.*, I, 808 (moyen pris de la violation de la loi); Cass., 5 avril 1979, *Pas.*, I, 931 (moyen pris de la violation de la foi due à un acte); Cass., 19 avril 1978, *Pas.*, I, 933 (moyen pris d'un défaut de motivation).

(100) Le terme est utilisé ici dans son sens commun. On sait en effet que, sur le plan technique, il n'existe pas, selon la Cour de cassation, de principe général du droit du 'contradictoire' qui se distinguerait du principe général du droit relatif aux droits de la défense (Cass., 11 décembre 2001, P.01.1535.N, inédit; Cass., 16 mai 2001, P.01.0305.F, inédit; Cass., 19 janvier 2000, P.99.0503.F, inédit; Cass., 24 mars 1999, *Pas.*, I, 444).

les conclusions des demandeurs sur le fond prises devant le premier juge et déclarées reprises devant lui, alors qu'il répond néanmoins à l'ensemble de la défense des demandeurs telle qu'elle a été présentée en ces conclusions (101). Un arrêt du 5 novembre 1997 déclare également irrecevable à défaut d'intérêt le moyen pris de la violation des droits de la défense dans la mesure où celui-ci critique une considération surabondante de la décision attaquée (102).

Toutefois, dans une décision plus récente, également rendue à propos de l'écartement de conclusions, la Cour a rejeté la fin de non-recevoir opposée au moyen de cassation pris de la violation des droits de la défense et critiquant la décision des juges d'appel d'écarter des débats les deuxièmes conclusions d'appel des demandeurs en cassation. Le défendeur soutenait que ce moyen était dépourvu d'intérêt au motif que les conclusions qui avaient été écartées des débats ne contenaient aucun argument nouveau qui n'aurait pas déjà été invoqué dans les premières conclusions d'appel. Selon la Cour de cassation, cette fin de non recevoir ne peut être accueillie, « toute partie ayant intérêt à ce que les conclusions qu'elle souhaite déposer ne soient pas écartées des débats » (103). Il serait dangereux de déduire de ce dernier arrêt une évolution définitive en faveur de la recevabilité du moyen de cassation pris de la violation des droits de la défense, quelle que soit l'incidence de cette irrégularité sur le dispositif de la décision attaquée. L'arrêt du 14 mai 1999 semble néanmoins s'inscrire dans une conception récente selon laquelle toute partie a intérêt à ce que ses droits de la défense soient respectés même si, en définitive, l'exercice de ces droits est sans influence sur la décision.

20. Les exigences du procès équitable et, en particulier, le principe de l'égalité des armes, paraissent consacrer cette conception formelle, voire « formaliste », du principe du contradictoire.

Dans les arrêts rendus sur la délicate question de l'absence de droit de réplique au ministère public agissant comme *amicus curiae*, la Cour européenne des droits de l'homme a en effet considéré que le respect du principe du contradictoire impliquait le droit pour les parties de s'exprimer sur tout élément de nature à influencer la décision de la juridiction concernée sans qu'il soit nécessaire d'exa-

(101) Cass., 20 mars 1973, *Pas.*, I, 715.

(102) Cass., 5 novembre 1997, *Pas.*, I, 1128.

(103) Cass., 14 mai 1999, *Pas.*, I, 680.

miner l'incidence concrète de cet élément (104). En d'autres termes, les parties doivent disposer de l'assurance « d'avoir pu s'exprimer sur toute pièce au dossier » (105), quelle que fût l'influence de cette pièce sur la décision.

Dans l'arrêt *Condron c. Royaume Uni*, la Cour européenne a également considéré qu'on ne saurait assimiler le point de savoir si dans un cas donné le justiciable a joui des droits de la défense qu'accorde l'article 6 de la CEDH au constat que la décision repose sur des bases solides sans examiner la question de l'équité (106). Le respect des droits de la défense doit partant être examiné en tant que tel, quelle que soit par ailleurs la légalité de la décision attaquée. Il importe dès lors peu qu'en fait, cette violation ait été sans conséquence sur la décision.

21. Cette acception, quelque peu « absolutiste », du principe du contradictoire paraît en outre la plus confortable sur le plan pratique. La preuve de l'incidence de la violation du principe général de droit imposant le respect des droits de la défense sur la décision attaquée, qu'il s'agisse d'une sentence arbitrale ou décision judiciaire, est en effet très difficile à rapporter (107).

Par quel moyen peut-on en effet prouver que les informations recueillies en violation du principe du contradictoire n'ont pas été utilisées par les arbitres? Comment, pour utiliser la terminologie propre à la « technique de cassation », démontrer que ces éléments n'ont pas « contribué à former l'opinion » des arbitres et qu'ils ne peuvent, pour cette raison, être dissociés des autres motifs de la sentence? (108) Comment établir enfin que si la partie avait eu l'occasion de s'exprimer sur ces informations, elle aurait pu conduire le tribunal arbitral à retenir une autre solution?

La thèse qui conditionne la recevabilité du grief déduit de la violation des droits de la défense à la démonstration de l'influence que cette méconnaissance a exercée sur la sentence arbitrale n'est enfin pas dénuée de tout risque. Comme on l'a souligné, « la vérification de ce que l'élément de preuve litigieux a fondé la décision des arbitres,

(104) Voy. S. VAN DROOGHENBROECK, « La réplique au Ministère public : *quousque tandem?* », note sous Cass., 13 septembre 1999, *R.C.J.B.*, 2000, p. 752, n° 7.

(105) CEDH, 18 février 1997, *Nideröst-Huber c. La Suisse*, *Rec.*, 1997-II, pp. 101 et s., § 29.

(106) CEDH, *Condron c. Royaume-Uni*, 2 mai 2000, *Rec.*, 2000-V, § 65.

(107) Voy. G. BOLARD, note sous Paris, 1^{re} ch. Civ., 25 novembre 1997, *Rev. arb.*, 1998, p. 695. Comp. Bruxelles, 8 janvier 2002, *J.T.*, 2002, p. 792.

(108) Comp. Cass., 26 janvier 1978, *Pas.*, I, 611.

se traduit, en pratique, par le contrôle de l'utilisation de cet élément dans la sentence arbitrale. Un tel critère n'est-il pas susceptible de pousser un arbitre ayant pris conscience de l'absence de débat sur un élément de preuve, à ajouter une deuxième violation – celle-ci très difficile à identifier – en cachant la véritable motivation de sa décision et l'élément de preuve qui aurait réellement fondé sa sentence » (109).

22. Comme pour le grief déduit de l'impartialité des arbitres, il y a dès lors lieu de considérer que le respect des droits de la défense fait partie des exigences de l'ordre public procédural en sorte qu'une partie qui invoque ce grief peut se prévaloir avec succès de la violation de l'ordre public (art. 1704.2 a) C. jud.) comme cause d'annulation de la sentence arbitrale (110). Cette solution, conforme à l'article 6, § 1^{er}, de la CEDH, permet de dégager le grief déduit de la violation du principe du contradictoire de l'article 1704.2 g) du Code judiciaire et, par voie de conséquence, de l'exigence de « l'influence sur la sentence arbitrale » contenue dans cette disposition.

V. – LA MOTIVATION DE L'ACTE JURIDICTIONNEL

23. Aux termes de l'article 1701.6 du Code judiciaire, la sentence arbitrale doit être motivée. Le défaut de motifs est une cause de nullité de la sentence en vertu de l'article 1704.2 i) du même Code.

Il est inutile de rappeler ici que la motivation constitue un élément essentiel de la fonction juridictionnelle qui caractérise la mission des arbitres (111) car elle est de l'essence même de l'acte de jugement. « Juger, ce n'est pas moins dire le droit dans une sentence arbitrale que dans l'arrêt d'une cour ou le jugement d'un tribunal » (112).

(109) J.-G. BETTO, *op. cit.*, p. 683.

(110) Voy. dans ce sens, Civ. Charleroi, 1^{er} décembre 1978, *R.R.D.*, 1979, p. 935, note L. DERMINE; Anvers, 1^{er} ch., 26 juin 2000, *R.D.J.P.*, 2001, p. 183; Civ. Bruxelles, 12^e ch., 4 avril 2001, précité.

(111) Voy. réc. Th. CLAY, *L'arbitre*, Paris, Dalloz, 2001, p. 161, n° 197 et p. 632, n° 826; J.-L. DELVOLVÉ, « Essai sur la motivation des sentences arbitrales », *Rev. arb.*, 1989, pp. 149 et s.; S. CRÉPIN, *op. cit.*, pp. 265-266. Cette obligation s'impose également aux arbitres amiables compositeurs qui sont notamment tenus de s'expliquer spécialement sur la conformité à l'équité de la solution qu'ils ont retenue (voy. réc. Cass. fr., 2^e ch. civ., 15 février 2001, *J.C.P.*, éd. Gén., 2002, p. 449, note G. CHABOT).

(112) J.-L. DELVOLVÉ, *op. cit.*, p. 162.

Comme pour les décisions de justice (113), la motivation de la sentence n'est toutefois qu'une exigence de forme (114), c'est-à-dire que les arbitres doivent indiquer les motifs sur lesquels ils fondent leur jugement mais que ces motifs et leur pertinence ne sont pas soumis au contrôle du juge de l'annulation (115) (116).

« L'obligation de motivation constitue une condition de forme, ce qui exclut le contrôle par le juge de sa valeur intrinsèque, de son fondement. Ce contrôle ne porte dès lors que sur l'énoncé par les arbitres de véritables motifs et l'absence de contradiction entre eux, sans examen ni de leur bien-fondé ni de leur valeur juridique intrinsèque. Le juge saisi d'une demande d'annulation d'une sentence arbitrale n'a pas à analyser la motivation des arbitres comme une juridiction d'appel et ne peut donc remettre en cause l'appréciation des arbitres tant en fait qu'en droit » (117).

L'exigence est, comme nous le verrons, d'autant plus purement formelle qu'à l'inverse de la Cour de cassation, le juge de l'annulation ne peut procéder à une appréciation de la légalité des motifs qui reposeraient sur l'interprétation ou l'application d'une règle de droit.

24. Le juge de l'annulation peut-il se référer à la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la motivation des décisions judiciaires pour apprécier si la sentence arbitrale qui lui est déférée est motivée ?

La doctrine se divise entre les tenants d'une analogie pure et simple avec le contrôle que la Cour de cassation exerce sur la base de l'article 149 de la Constitution et les partisans d'une distinction liée aux spécificités de l'arbitrage.

(113) Cass., 6 décembre 1999, *Pas.*, I, 1648; Cass., 2 novembre 1999, *Pas.*, I, 1423.

(114) Anvers, 1^{er} ch., 29 mai 2000, R.G. n° 1999/AR/1520, inédit. « Dès lors que la motivation existe, il importe peu qu'elle soit convaincante ou non » (Paris, 1^{er} ch. civ., 8 novembre 2001, *Rev. arb.*, 2001, p. 925).

(115) J. LINSMEAU, *L'arbitrage volontaire en droit privé belge*, *op. cit.*, p. 142, n° 290; A. FETTWIS, *op. cit.*, p. 709, n° 1169. Voy. réc. Anvers, 2^e ch., 15 mars 2000, *A.J.T.*, 2000-01, p. 915; Bruxelles, 8 janvier 2002, *J.T.*, 2002, p. 792; Paris, 1^{er} ch. civ., 21 mars 2002, *Rev. arb.*, 2002, p. 773; Paris, 1^{er} ch. civ., 30 mai 2002, *Rev. arb.*, 2002, p. 789; Paris, 1^{er} ch. civ., 27 juin 2002, *Rev. arb.*, 2002, p. 793; Paris, 1^{er} ch. civ., 23 janvier 2003, *Rev. arb.*, 2003, p. 252.

(116) Comp. en droit tunisien, A. OUERFELLI note sous Cass. Tunisie, 5^e ch. civ., 23 février 2000, *Rev. arb.*, 2001, pp. 599 et s. et, en droit américain, A.S. RAU et C. PEDAMON, « La contractualisation de l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2001, pp. 476 et s.

(117) Civ. Bruxelles, 4 avril 2001, précité; Bruxelles, 24 janvier 1997, *Rev. arb.*, 1998, p. 181, note J. LINSMEAU.

Pour les premiers, largement rejoints par la jurisprudence (118), « la motivation d'une sentence arbitrale doit revêtir les mêmes qualités que celles qui sont exigées des décisions judiciaires : elle doit être complète, précise, claire et adéquate » (119). « En ce qui concerne le défaut de motivation, on n'aperçoit pas la raison pour laquelle l'interprétation de ce texte serait différente de celle qu'a donnée la Cour de cassation de l'obligation constitutionnelle de motiver les jugements. L'arbitre est tenu de répondre aux conclusions qui lui sont soumises. Son jugement ne peut contenir ni contradictions qui détruiraient la motivation, ni ambiguïtés qui ne permettraient pas d'en déterminer la portée exacte » (120).

Selon d'autres auteurs, la transposition de la jurisprudence de la Cour de cassation ne peut toutefois être automatique.

Pour certains, la motivation de la sentence arbitrale pourrait être plus sommaire et moins rigoureuse que celle des décisions judiciaires à la condition qu'elle soit « suffisante » (121). « Il faut considérer que dans son ensemble, l'obligation aux motifs est, en matière d'arbitrage, proche de ce qu'elle est pour les juridictions, et les moyens de cassation quant aux motifs trouvent, au moins dans leur substance, leur correspondance en matière d'arbitrage. Il y va seulement d'une certaine atténuation dans l'exigence, et une beaucoup plus grande latitude en cas d'amiable composition » (122).

Selon M. le président Verougstraete, l'exigence de motivation de la sentence arbitrale est « fonctionnelle : elle doit être explicitée non par le biais d'un préjugé institutionnel qui assimile la sentence arbitrale à une décision judiciaire, mais par une réflexion sur la nature et l'utilité de la sentence arbitrale » (123). « Le juge de l'annulation mettra comme exigence première la logique et la cohérence de la sentence arbitrale, ce qui impliquera nécessairement un contrôle portant sur le droit et partiellement sur le fait (...). Par contre ce qui ne pourrait donner lieu à annulation pour défaut de motifs, c'est le caractère plus ou moins complet de la motivation (...) Il pourrait même être soutenu que l'absence de réponse à des moyens subsidiaires ne devrait pas entraîner

(118) Bruxelles, 8 janvier 2002, *J.T.*, 2002, p. 792; Civ. Bruxelles, 4 avril 2001, précité; Civ. Bruxelles, 18 février 1999, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1497; Civ. Liège, 6 mars 1984, *J.L.*, 1984, p. 197.

(119) J. LINSMEAU, « L'annulation... », *op. cit.*, p. 103.

(120) E. KRINGS et L. MATRAY, *op. cit.*, p. 244.

(121) Voy. dans ce sens, A. FETTWEIS, *op. cit.*, p. 698, n° 1146.

(122) J. ROBERT, *L'arbitrage*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 1983, p. 210, n° 249.

(123) I. VEROUGSTRAETE, « Le juge comme arbitre ou l'arbitre comme juge : la recherche d'un équilibre », *R.D.I.D.C.*, 1991, p. 346, n° 14.

l'annulation de la sentence (alors qu'elle entraîne une cassation) ». En résumé, pour l'éminent magistrat, « le caractère conventionnel de l'arbitrage fait que les parties demandent à l'arbitre désigné par elles une réponse logique et cohérente, dont la logique est perceptible à la lecture de la sentence : cette réponse ne doit pas être mesurée à l'aune qualitative des décisions judiciaires. Le juge de l'annulation sera parfois plus exigeant que la Cour de cassation concernant la qualité du raisonnement de l'arbitre, il le sera parfois moins concernant le caractère complet de sa formulation ».

25. Aucune de ces thèses n'emporte réellement la conviction. Il existe incontestablement une différence entre le contrôle de la motivation des décisions judiciaires et celui des motifs des sentences arbitrales. Cette différence n'est toutefois pas à rechercher dans l'étendue de l'obligation de motivation mais bien dans les différentes fonctions que remplit de la motivation (124). On enseigne traditionnellement que l'obligation de motiver a pour objet de contribuer à éviter l'arbitraire en obligeant le juge à chercher et à découvrir la justification qu'impose sa décision, de permettre aux parties d'apercevoir pourquoi la décision est celle qu'elle est, et, enfin, de donner aux juridictions statuant sur le recours exercé contre la décision le moyen d'apprécier cette dernière (125).

Comme l'ont récemment rappelé les débats sur la recevabilité du moyen de cassation pris de la seule violation de l'article 149 de la Constitution et reprochant à la décision attaquée de ne pas permettre à la Cour de cassation d'exercer son contrôle de légalité, la motivation permet – dans cette dernière fonction – à la Cour de censurer la décision qui lui est déférée lorsque les motifs de celle-ci ne lui permettent pas d'exercer le contrôle de légalité qui lui est confié (126).

(124) Voy. déjà sur cette distinction, L. DERMINE, *L'arbitrage commercial en Belgique. Commentaire de la loi du 4 juillet 1972*, Bruxelles, Larcier, 1975, p. 70, n° 134.

(125) Voy. not. J. NORMAND, « Le domaine du principe de motivation », in *La motivation*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées nationales, Paris, LGDJ, 2000, p. 16. Comme le souligne, M. le procureur général DUMON (« De la motivation... », *op. cit.*, p. 466, n° 3), l'exigence de motivation apparaît également comme la garante du respect des droits de la défense.

(126) Voy. sur ce point, Cass., 19 octobre 2000, *R.C.J.B.*, 2001, p. 5 avec la note A. MÉRIS, « Le moyen de cassation suivant lequel les motifs de la décision attaquée mettent la Cour dans l'impossibilité d'exercer son contrôle de légalité est-il recevable s'il est fondé sur la violation de l'article 149 de la Constitution ? »; Cass., (1^{er} ch., aud. plén.), 7 décembre 2001, *J.T.*, 2002, p. 516 avec les conclusions de M. le procureur général J. DU JARDIN.

Cet aspect de la motivation ne concerne évidemment pas les sentences arbitrales puisque le juge de l'annulation, contrairement à la Cour de cassation, n'est pas habilité à procéder à un examen du caractère « légalement justifié » de la sentence arbitrale (127). Sous réserve des exigences de l'ordre public, le juge de l'annulation n'exerce pas un contrôle « normatif » (128). Dès lors, l'absence de motifs lui permettant d'exercer ce contrôle ne peut constituer un vice de motivation de la sentence arbitrale (129).

Dans cette mesure (130) et dans celle-ci uniquement (131), on ne peut transposer la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la motivation des décisions de justice (132) au contentieux de l'annulation des sentences arbitrales (133).

(127) Comme le souligne M. DERMINE, « un jugement doit notamment être motivé en vue de permettre à notre Cour suprême d'exercer son contrôle, c'est-à-dire de sanctionner une décision entachée d'une contravention à la loi. La motivation met obstacle à ce que le juge du fond puisse soustraire sa décision au contrôle de la Cour de cassation et le contrôle sur les motifs n'est le plus souvent que le paravent du contrôle sur l'application des règles du fond (...). La motivation d'une sentence arbitrale ne peut s'inscrire dans une même perspective car notre législation ne prévoit pas la cassation d'une décision arbitrale pour violation d'une disposition de fond » (op. cit., p. 70, n° 134) (nous soulignons).

(128) En matière d'arbitrage, le défaut de motivation ne prive pas « le juge de l'annulation ou de l'exequatur du pouvoir d'exercer son office puisque ne relève pas de ce dernier l'appréciation du bien-fondé de la sentence » (H. LÉCUYER note sous Cass. fr., 1^{re} ch. civ., 14 juin 2000, *Rev. arb.*, 2001, p. 747).

(129) Comp. E. GAILLARD note sous Paris, 1^{re} ch. civ., 5 mars 1998, *Rev. arb.*, 1999, p. 92 qui rappelle que « dans la logique du contrôle exercé par la Cour de cassation sur les décisions du juge du fond, l'absence de motifs est un grief de forme » mais souligne également que « à défaut d'une telle motivation, la Cour de cassation ne pourrait même pas exercer son contrôle sur le bien-fondé de la décision en droit et assurer, conformément à sa mission, l'homogénéité du droit ».

(130) Comp. E. KRINGS, op. cit., *R.D.I.D.C.*, 1976, p. 190, note (18) qui ne paraît pas convaincu par cette distinction. Comp. ég. J. LINSMEAU, « L'annulation... », op. cit., p. 103, n° 81, note (53).

(131) L'affirmation mérite cependant d'être nuancée dans la mesure où le juge de l'annulation exerce, certes dans des cas limitativement énumérés par la loi, également un contrôle de légalité sur la sentence arbitrale. Ne pourrait-on envisager de transposer également pour ces hypothèses la jurisprudence de la Cour de cassation dans la mesure où la sentence arbitrale ne contiendrait pas de motifs permettant aux juges de l'annulation d'exercer leur contrôle ? (voy. J. LINSMEAU, *L'arbitrage volontaire en droit privé belge*, p. 141, n° 290 qui relève que « l'obligation de motiver se justifie aussi en fonction de la nécessité d'éclairer les autorités judiciaires dans l'hypothèse où elles seraient saisies d'une procédure d'exequatur ou d'annulation ») (nous soulignons). Ainsi, dans un arrêt du 14 juin 2000, la Cour de cassation de France a-t-elle relevé que « hors les cas, définis par l'article 1502 NCP, de violation du principe de la contradiction ou de l'ordre public international, le contenu de la motivation échappe au contrôle du juge de la régularité de la sentence » (Cass. fr., 1^{re} ch. civ., 14 juin 2000, *Rev. arb.*, 2001, p. 729, note H. LÉCUYER). Voy. ég. Civ. Liège, 6 mars 1984, *J.L.*, 1984, p. 197 qui relève que « sous réserve des exigences de l'ordre public, le contrôle de la motivation par le juge de l'annulation est étranger au contrôle de la légalité de la sentence » (nous soulignons).

(132) Sur laquelle, voy. réc. M. REGOUT-MASSON, « Réflexions sur la motivation des jugements et arrêts en matière civile et commerciale », in *Liber Amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 195 et s. ; B. MAES, *De motiveringsverplichting van de rechter*, Anvers, Kluwer, 1990.

(133) C'est la raison pour laquelle, on ne peut exiger de la motivation de la sentence arbitrale qu'elle soit « suffisante » ou « précise » dès lors que ces qualités sont directement liées à la nécessité

Pour les mêmes motifs, l'ambiguïté de motifs, au sens technique défini par la Cour de cassation, ne paraît pas pouvoir être retenue telle quelle par le juge de l'annulation. On sait en effet que « le grief d'ambiguïté suppose que les motifs critiqués sont susceptibles d'au moins deux interprétations différentes et que, dans une interprétation, la décision est légalement justifiée, tandis que, dans une autre interprétation, elle ne l'est pas » (134). En d'autres termes, le contrôle opéré par la Cour de cassation sur l'ambiguïté des motifs – contrairement à celui exercé sur les motifs contradictoires (135) – implique un contrôle du caractère « légalement justifié » de l'une des deux interprétations des motifs litigieux (136). Or, précisément, le juge de l'annulation ne peut se livrer à un tel contrôle « normatif » (137).

C'est pour des raisons identiques, mais à tort selon nous, que la Cour de cassation de France a récemment exclu, comme nous le verrons, que la contradiction de motifs puisse conduire à l'annulation de la sentence arbitrale (138).

26. Mais au-delà de ces hypothèses limitées où la motivation est le soutien nécessaire du contrôle « normatif » exercé par la Cour de cassation, on n'aperçoit pas ce qui justifierait que des règles différentes soient appliquées selon qu'il s'agit de procéder au contrôle de la motivation d'une décision judiciaire ou d'une sentence arbitrale (139). La motivation, conçue comme outil nécessaire à la compréhension et à l'acceptation de la décision par ses destinataires, répond, pour le juge et l'arbitre, aux mêmes impératifs (140).

de permettre à la Cour de cassation d'exercer son contrôle de légalité (comp. A. MÉRIS, « Le moyen de cassation... », op. cit., p. 7).

(134) Cass., 27 mars 1980, *Pas.*, I, 933 et l'importante note E.L.; Cass., 3 octobre 1996, *Pas.*, I, 902.

(135) Voy. *infra*, n° 28.

(136) A. MÉRIS, « L'interprétation de la décision attaquée dans la procédure en cassation », in *Hommage à Jacques Heenen*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 307.

(137) Toutefois, rien n'exclut que le juge de l'annulation censure en tant que telle une ambiguïté dans les motifs d'une sentence arbitrale « parce qu'elle exclut l'existence d'une motivation et que celle-ci est imposée non pas simplement pour permettre à la Cour d'exercer un contrôle de 'légalité', mais aussi pour éviter 'l'arbitraire' du juge, pour permettre aux parties d'apercevoir pourquoi elles ont triomphé ou échoué et enfin pour assurer le respect des droits de la défense » (F. DUMON, « De la motivation... », op. cit., p. 468, n° 9, note (26)).

(138) Voy. *infra*, n° 28.

(139) E. KRINGS, op. cit., *R.D.I.D.C.*, 1976, p. 190; J. LINSMEAU, « L'annulation... », op. cit., p. 103, n° 81.

(140) Th. CLAY, *L'arbitre*, Paris, Dalloz, 2001, p. 162, n° 197. Comme l'ont judicieusement fait remarquer d'éminents auteurs, il est en outre très difficile d'établir à cet égard une différence de degré dans la rigueur à respecter, d'une part, par les décisions judiciaires et, d'autre part, par les sentences arbitrales (E. KRINGS, op. cit., *R.D.I.D.C.*, 1976, p. 190, note (18); J. LINSMEAU, « L'annulation... », op. cit., p. 103, n° 81).

Ces exigences trouvent notamment leur source dans l'article 6, § 1^{er}, de la CEDH dont le juge de l'annulation est, comme nous l'avons relevé, le gardien. Cette disposition fait en effet obligation à tous les tribunaux d'indiquer avec une clarté suffisante les motifs sur lesquels ils se fondent pour trancher le litige (141) et de donner une réponse « spécifique et explicite » à chaque moyen des conclusions (142), même s'ils ne sont pas tenus de donner une réponse détaillée à chacun des arguments (143).

Acte juridictionnel, comme la décision judiciaire, la sentence arbitrale est, partant, tenue de répondre aux exigences de la motivation (144) telle que définie par la Cour européenne des droits de l'homme de manière fort proche de celle retenue par la Cour de cassation (145).

27. L'analogie – ainsi délimitée – avec le contrôle de la Cour de cassation sur la motivation des décisions judiciaires conduit à considérer que l'obligation de motiver implique pour le tribunal arbitral celle de répondre aux moyens soulevés par les parties (146) sans que les arbitres soient pour autant tenus de les suivre dans le détail de leur argumentation (147). On sait en effet que l'obligation de motiver les jugements et arrêts et de répondre aux moyens régulièrement proposés n'implique pas celle de répondre aux arguments invoqués à l'appui de ces moyens et ne constituant pas des moyens distincts (148).

(141) Voy. réc. CEDH, 19 février 1998, *Higgins c. France*, R.T.D.H., 1998, p. 835, note F. KUTV.

(142) Voy. réc. CEDH, 23 novembre 1994, *Hiro Balani et Ruiz Torija c. Espagne*, D., 1996, p. 202, obs. N. FRIGERO.

(143) Voy. CEDH, 19 avril 1994, *Van de Hurk c. Pays-Bas*, § 61.

(144) Voy. S. GUINCHARD, M. BANDRAC, X. LAGARDE et M. DOUCHY, *Droit processuel*, op. cit., p. 752, n° 622.

(145) Voy. sur la similitude entre les exigences de la Cour de cassation et la Cour européenne des droits de l'homme, L. BOKÉ, « La motivation des décisions de justice et la Convention européenne des droits de l'homme », *J.C.P.*, éd. Gén., 2002, I-104, pp. 121 et s.; M. REGOUT-MASSON, op. cit., p. 200.

(146) Liège, 15 mai 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1012.

(147) Paris, 1^{er} ch. civ., 4 octobre 2001, *Rev. arb.*, 2001, p. 918; Civ. Bruxelles, 4 avril 2001, précité (« Le tribunal arbitral n'a pas l'obligation de suivre dans le détail de l'argumentation des parties ni de consacrer un motif particulier à chaque chef de la demande et peut faire abstraction d'éléments étant ou devenus indifférents au litige dans le contexte de leur sentence »); Bruxelles, 8^e ch., 23 novembre 1999, R.G. n° 1998/KR/406, inédit; Anvers, 2^e ch., 15 mars 2000, *A.J.T.*, 2000-01, p. 915; Civ. Liège, 6 mars 1984, précité.

(148) Cass., 7 septembre 2000, C.99.0178.F, inédit; Cass., 25 février 2000, C.1998.468.F, inédit; Cass., 9 janvier 1998, *Pas.*, I, 53.

Pas plus que les juges (149), les arbitres ne sont tenus de répondre à des conclusions devenues sans pertinence en raison de leur décision (150), à des conclusions sans conséquence juridique (151), ni à des affirmations générales et imprécises, non susceptibles d'être réfutées (152). A l'instar d'un jugement (153), la motivation de la décision des arbitres peut également être implicite lorsqu'elle se déduit de l'ensemble de la sentence (154). Comme tout autre juge (155), les arbitres ne sont pas tenus, lorsqu'aucune contestation sur ce point ne leur est soumise, de constater d'une manière expresse que la prétention d'une partie à laquelle ils font droit ne viole pas l'ordre public (156).

En revanche, n'est pas régulièrement motivée la sentence qui, à l'instar d'une décision judiciaire (157), accueille une demande sans rencontrer une défense régulièrement proposée en conclusions par la partie adverse (158) ou qui ne rencontre cette défense que de manière vague, générale ou sommaire (159) ou encore qui laisse incertain le motif pour lequel elle rejette un moyen présenté en conclusions par une partie (160).

Dans ces dernières hypothèses, la sentence n'est pas motivée. Comme pour les décisions judiciaires, il est vain de soutenir que la réponse aux conclusions n'est pas « adéquate » (161) ou encore qu'elle n'est pas « suffisante » (162). Il y a ou il n'y a pas de réponse à la demande, à la défense, à l'exception et, plus largement, au

(149) Cass., 28 septembre 2001, C.00.0088.F, inédit; Cass., 30 septembre 1996, *Pas.*, I, 876; Cass., 12 novembre 1979, *Pas.*, 1980, I, 330; Cass., 31 mai 1979, *Pas.*, I, 1126.

(150) Civ. Liège, 6 mars 1984, *Jur. Liège*, 1984, p. 197, obs. G. DE LEVAL; Civ. Bruxelles, 18 février 1999, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1497.

(151) Cass., 19 avril 1996, *Pas.*, I, 355; Cass., 8 décembre 1994, *Pas.*, I, 1067.

(152) Cass., 28 septembre 2001, C.00.0088.F, inédit.

(153) Voy. A. MÆÛS, « L'interprétation... », op. cit., p. 306. Cass., 8 novembre 1974, *Pas.*, 1975, I, 294.

(154) Paris, 1^{er} ch. civ., 17 janvier 2002, *Rev. arb.*, 2002, p. 202.

(155) Cass., 25 avril 1969, *Pas.*, I, 53; Cass., 2 octobre 1964, *Pas.*, 1965, I, 104.

(156) Cass., 5 septembre 1980, *Pas.*, 1981, I, 15.

(157) Cass., 12 janvier 1998, *Pas.*, I, 70.

(158) Anvers, 1^{er} ch., 29 mai 2000, R.G. n° 1999/AR/1520, inédit; Gand, 17 mars 1999, *T.R.V.*, 1999, p. 530; Civ. Bruxelles, 18 février 1999, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1497; Civ. Bruxelles, 21 novembre 1996, *R.D.C.*, 1997, p. 335; Liège, 15 mai 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1012.

(159) Cass., 14 février 2000, S.1999.156.F, inédit; Cass., 12 janvier 1998, *Pas.*, I, 70.

(160) Cass., 14 février 2000, S.1998.52.F, inédit.

(161) Sur la critique de la notion de « motivation adéquate », voy. F. DUMON, « De la motivation... », op. cit., p. 468, n° 11; I. VEROUSTRÆTE, op. cit., p. 347, n° 15.

(162) Cass., 15 octobre 1979, *Pas.*, 1980, I, 210. Sur la critique de la notion de « motivation suffisante », voy. F. DUMON, « De la motivation... », op. cit., p. 467, n° 6. Voy. aussi, *supra*, note 132.

moyen concerné. Pareillement, il est inutile d'invoquer que la motivation de la décision n'est pas « logique » (163) ou « cohérente ». Celle-ci ne peut simplement pas être contradictoire.

28. Malgré quelques discussions liées à la rédaction ambiguë de l'article 1704.2 j) du Code judiciaire qui ne paraît viser que la contradiction au sein du dispositif (164), la doctrine (165) et la jurisprudence (166) admettent en effet largement que le juge de l'annulation puisse également contrôler si les motifs de la sentence arbitrale ne sont pas entachés de contradiction dès lors qu'une contradiction dans les motifs ou entre le dispositif et un motif équivalent à une absence de motifs. Ne pouvant se livrer à une appréciation de la pertinence des motifs donnés par les arbitres, le juge de l'annulation est cependant autorisé à procéder à « un contrôle marginal sur le caractère logique, non contradictoire et cohérent de la motivation » (167).

Tel n'est plus le cas en France. Alors qu'elle admettait que la contradiction dans les motifs constitue une absence de motivation de la sentence arbitrale (168), la Cour de cassation de France a en effet opéré, sous l'impulsion d'éminents auteurs (169), un brusque et soudain revirement (170).

Soutenant que le contrôle de la contradiction dans les motifs implique une analyse de la pertinence du raisonnement de l'ar-

(163) Cass., 7 mai 1993, *Pas.*, I, 469; Cass., 17 janvier 1984, *Pas.*, I, 521; Cass., 27 mars 1980, *Pas.*, I, 928. Sur la critique de la notion de « motivation logique », voy. F. DUMON, « De la motivation... », *op. cit.*, p. 470, n° 13.

(164) Voy. dans ce sens, L. DERMINE, *op. cit.*, p. 71, n° 136; A. FETTWIS, *op. cit.*, p. 709, n° 1169.

(165) C. CAMBIER, *op. cit.*, p. 254; E. KRINGS, *op. cit.*, *R.D.I.D.C.*, 1976, p. 189; J. LINSMEAU, « L'annulation... », *op. cit.*, p. 104, n° 82; M. HUYS et G. KEUTGEN, *op. cit.*, p. 362, n° 536.

(166) Voy. not. Civ. Bruxelles, 4 avril 2001, précité; Bruxelles, 6 décembre 2000, *J.T.*, 2001, p. 572, obs. B. HANOTIAU; Anvers, 1^{er} ch., 13 novembre 2000, *R.D.J.P.*, 2001, p. 261, note Ph. DE BOURNONVILLE; Anvers, 2^e ch., 15 mars 2000, *A.J.T.*, 2000-01, p. 915; Civ. Liège, 6 mars 1984, *Jur. Liège*, 1984, p. 197, obs. G. DE LÉVAL.

(167) J. LINSMEAU, note sous Bruxelles, 24 janvier 1997, *Rev. arb.*, 1998, p. 207, n° 42 qui relève toutefois que l'étendue du contrôle de la motivation de sentences est mal fixée en droit belge; Civ. Bruxelles, 4 avril 2001, précité; Bruxelles, 8 janvier 2002, *J.T.*, 2002, p. 792.

(168) Voy. not. Cass. fr., 2^e ch. civ., 7 janvier 1999, *Rev. arb.*, 1999, p. 272, note D. FOUSARD; Paris, 1^{er} ch. civ., 5 mai 1997, *Rev. arb.*, 1998, p. 559, note (approbatrice) Ph. FOUCHARD; Paris, 1^{er} ch. civ., 5 mars 1998, *Rev. arb.*, 1999, p. 86, note (critique) E. GAILLARD.

(169) Voy. E. GAILLARD, note sous Paris, 1^{er} ch. civ., 5 mars 1998, *Rev. arb.*, 1999, p. 92 qui invoque à tort à l'appui de sa thèse un arrêt rendu par la cour d'appel de Bruxelles le 24 janvier 1997 (*Rev. arb.*, 1998, p. 181, note J. LINSMEAU) « maintenu par [la] Cour de cassation belge, 5 juin 1998 » (*Rev. Arb.*, 1998, p. 715, note J. LINSMEAU) alors qu'il résulte expressément de cet arrêt que la cour d'appel, à la suite du premier juge, a procédé à l'examen du caractère non contradictoire des motifs de la sentence attaquée.

(170) Voy. Cass. fr., 1^{er} ch. civ., 11 mai 1999, *Rev. arb.*, 1999, p. 811, note E. GAILLARD.

bitre – ce qui empiétait sur sa mission – alors que le contrôle de l'existence des motifs ne porte lui que sur l'accomplissement de sa mission par l'arbitre, ces auteurs ont en effet préconisé le rejet du grief tiré de la contradiction des motifs au motif qu'il constitue une critique au fond de la sentence lequel échappe au juge de l'annulation.

La volonté des partisans de l'abandon du contrôle de la contradiction de motifs, désormais consacré par la Cour de cassation de France (171) et la Cour d'appel de Paris (172), est précisément de se départir de l'analogie avec la « technique de cassation ». Selon eux, si la contradiction de motifs est sanctionnée c'est en réalité parce qu'elle prive la Cour de cassation du pouvoir d'exercer son office. « Impuissante à connaître elle-même des faits pour lever la contradiction, la Cour de cassation ne peut s'assurer de l'adéquation de la règle de droit à la situation de fait, comme elle en a le devoir, si cette situation de fait n'est pas arrêtée par les juges du fond autrement que par des motifs contradictoires. C'est donc le rôle même de la Cour de cassation qui ne peut s'exercer lorsque la décision soumise à son contrôle contient des motifs de fait contradictoires » (173). Or, selon cette même doctrine, « le fait que la sentence ait figé de manière certaine la situation de fait soumise au contrôle [du juge de l'annulation] importe peu. Le contrôle de la motivation a une fonction toute différente. Elle consiste à s'assurer que les arbitres ont considéré les moyens soumis à leur appréciation (...). Même s'ils sont contradictoires, les motifs attestent que le tribunal arbitral s'est prononcé sur les prétentions des parties et que, ce faisant, il a rempli sa mission » (174).

(171) Voy. Cass. fr., 1^{er} ch. civ., 11 mai 1999, *Rev. arb.*, 1999, p. 811, note E. GAILLARD; Cass. fr., 1^{er} ch. civ., 14 juin 2000, *Rev. arb.*, 2001, p. 730, note H. LÉCUYER; Cass. fr., 2^e ch. civ., 6 décembre 2001, *D.*, 2002, p. 133, n.d.r.

(172) Paris, 1^{er} ch. civ. : 26 octobre 1999, *Rev. arb.*, p. 811, note E. GAILLARD; 17 février 2000, *Rev. arb.*, 2000, p. 518, note Ph. PINSOLLE; 20 avril 2000, *Rev. arb.*, 2001, p. 806; 7 septembre 2000, *Rev. arb.*, 2001, p. 199, note Ph. PINSOLLE; 16 novembre 2000 et 28 juin 2001, *Rev. arb.*, 2001, p. 730, note H. LÉCUYER; 18 janvier 2001, *Rev. arb.*, 2001, p. 230; 8 mars 2001, *Rev. arb.*, 2001, p. 567, note C. LÉGROS; 28 juin 2001, *Rev. arb.*, 2001, p. 620; 27 septembre 2001, *Rev. arb.*, 2001, p. 916; 4 octobre 2001, *Rev. arb.*, 2001, p. 918; 6 décembre 2001, *Rev. arb.*, 2001, p. 933; 17 janvier 2002, *Rev. arb.*, 2002, p. 391, note J.-B. RACINE; 18 janvier 2001, *Rev. arb.*, 2002, p. 723; 7 mai 2002, *Rev. arb.*, 2002, p. 783; 13 juin 2002, *Rev. arb.*, 2002, p. 791; 4 juillet 2002, *Rev. arb.*, 2002, p. 796; 16 janvier 2003, *Rev. arb.*, 2003, p. 249; 16 janvier 2003, *Rev. arb.*, 2003, p. 250. La cour d'appel de Paris admet toutefois que le juge de l'annulation puisse encore censurer une contradiction de motifs lorsque sont en jeu le respect du principe du contradictoire et celui de l'ordre public (international), voy. Paris, 1^{er} ch. civ., 14 juin 2001, *Rev. arb.*, 2001, p. 773, note Ch. SERRAGLINI, spéc. p. 798, n° 29.

(173) E. GAILLARD, *op. cit.*, *Rev. arb.*, 1999, p. 815.

(174) E. GAILLARD, *op. cit.*, *Rev. arb.*, 1999, p. 92.

En d'autres termes, dans cette thèse, « *la contradiction de motifs équivaut au défaut de motifs mais n'en constitue pas un. Substantiellement, tandis que le défaut de motifs est un vice de forme, la contradiction de motifs est un vice de fond (...)* Elle impose au juge [de l'annulation] de porter un jugement sur le fond, mission qui n'est pas la sienne » (175).

29. Cette approche nous paraît inexacte. La Cour de cassation censure en effet la contradiction entre les motifs de fait en tant que telle et non parce que cette contradiction l'empêcherait d'exercer son contrôle de légalité (176). Des motifs qui se détruisent mutuellement parce qu'ils se contredisent doivent être considérés comme inexistantes (177). Comment la motivation de la sentence arbitrale pourrait-elle remplir sa fonction « pédagogique » et de garante du respect des droits de la défense, si elle est manifestement entachée de contradiction ?

Il est vrai que, comme pour l'ambiguïté de motifs, la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la contradiction de motifs des décisions judiciaires ne peut être transposée en tant que telle au contrôle des sentences arbitrales. Mais bien loin d'aboutir à un contrôle « allégé » de la motivation des sentences arbitrales, l'abandon du raisonnement analogique conduit à un contrôle plus étendu de la cohérence des décisions des arbitres.

En effet, la Cour de cassation décide classiquement que la contradiction ne peut naître que du rapprochement d'énonciations portant sur des points de fait (178). Si l'incohérence touche au droit, c'est sous l'angle d'un autre cas d'ouverture, relatif au fond, et non plus dans le cadre d'un cas d'ouverture relevant de la logique formelle, qu'il convient de dénoncer le vice. En d'autres termes, la contradiction entre des motifs de droit ne peut être censurée par le biais d'un

(175) H. LECUYER note sous Cass. fr., 1^{re} ch. civ., 14 juin 2000, *Rev. arb.*, 2001, p. 746.

(176) Voy. F. DUMON, *op. cit.*, p. 467, n° 8; A. MBEÛS, « Le moyen de... », *op. cit.*, p. 13. Voy. ég., I. VEROUGSTRAËTE (*op. cit.*, p. 348, n° 16) qui relève que « la contradiction entre les motifs n'est pas à considérer comme un manquement à l'obligation de motiver mais comme une violation d'une règle de droit, sauf dans le cas où le juge se contredit par des appréciations de pur fait » (nous soulignons). Comp. toutefois note (8) signée P.L. sous Cass., 11 décembre 1930, *Pas.*, 1931, I, 11.

(177) Ph. FOUCHARD, note sous Paris, 1^{re} ch. civ., 15 mai 1997, *Rev. arb.*, 1998, p. 563.

(178) Voy. en France, D. FOUSSARD note sous Cass., 2^e ch. civ., 7 janvier 1999, *Rev. arb.*, 1999, p. 284. Voy. en Belgique, Cass., 19 avril 1999, *Pas.*, I, 538; Cass., 7 novembre 1997, *Pas.*, I, 1153; Cass., 19 janvier 1995, *Pas.*, I, 47 : « n'équivaut pas à une absence de motifs et ne constitue donc pas une violation de l'article 149 de la Constitution, la contrariété de motifs dont l'examen suppose un contrôle de l'application de dispositions légales ».

moyen pris du défaut de motivation (art. 149 Const.). En matière d'arbitrage, dès lors que le juge n'a pas à s'immiscer dans l'application de la règle de droit par l'arbitre, « *le risque de chevauchement entre la violation de la loi et la contradiction de motifs s'évanouit* » (179) en sorte qu'il y a lieu d'admettre que, contrairement aux décisions judiciaires, la contradiction de motifs puisse être censurée, au titre d'un vice de motivation, alors même qu'elle porterait sur des motifs de droit (180).

30. Au nom de la conception – selon laquelle le contrôle du juge de l'annulation ne peut porter que sur l'existence de motifs et non sur leur contenu – qui avait déjà inspiré l'abandon du contrôle de la contradiction de motifs, la Cour de cassation de France vient de décider que le juge de l'annulation ne doit pas contrôler si les arbitres ont répondu aux moyens des conclusions des parties. Dans un arrêt du 31 janvier 2002, la 2^e chambre civile de la Cour de cassation a en effet considéré que « *le grief tiré du défaut de réponse à des chefs de conclusions n'entre dans aucun des cas d'ouverture du recours en annulation* » (181). La Cour paraît ainsi confirmer en l'amplifiant un mouvement « *ayant pour conséquence de libéraliser le contrôle des sentences arbitrales en manifestant 'un esprit de faveur à l'arbitrage'* » (182).

Ce vent de « libéralisation » se heurte, selon nous, de plein fouet aux exigences du procès équitable qui impliquent notamment que soit donnée une réponse « *spécifique et explicite* » à chaque moyen des conclusions des parties (183). Si la fonction « disciplinaire » du juge de l'annulation ne va pas jusqu'à l'autoriser à apprécier la pertinence de la motivation retenue par le tribunal arbitral, elle l'habilite cependant à vérifier qu'il s'agit bien de véritables motifs, lui

(179) D. FOUSSARD, *op. cit.*, p. 284.

(180) Voy. I. VEROUGSTRAËTE (*op. cit.*, p. 348, n° 16) qui relève que « la contradiction dans les motifs est donc une cause d'annulation [de la sentence] même lorsqu'elle consiste en une contradiction juridique ». Voy. contra, Cass. fr., 1^{re} ch. civ., 28 février 1995, *Rev. arb.*, 1995, p. 597, note D. BUREAU qui exclut du contrôle du juge de l'annulation la contradiction de motifs qui concernerait le raisonnement juridique de l'arbitre.

(181) Cass. 2^e ch. civ., 31 janvier 2002, *J.C.P.*, 2002, p. 527; *D.*, 2002, p. 776; *Rev. arb.*, 2002, p. 209. S'il devait être interprété comme dispensant les arbitres de répondre aux moyens développés dans les conclusions des parties (voy. dans ce sens, NDLR sous l'arrêt, *D.*, 2002, p. 776), cet arrêt amorcerait une importante réduction du contrôle opéré sur la motivation des décisions des arbitres. *Adde*, Paris, 1^{re} ch. civ., 16 janvier 2003, *Rev. arb.*, 2003, p. 250.

(182) J.B. RACINE note sous Paris, 1^{re} ch. civ., 17 janvier 2002, *Rev. arb.*, 2002, p. 402.

(183) Voy. réc. CEDH, 23 novembre 1994, *Hiro Balani et Ruiz Torija c. Espagne*, *D.*, 1996, p. 202, obs. N. FRIGERO.

permettant de s'assurer que les arbitres ont réellement considéré les moyens soumis à leur appréciation. Le juge de la régularité de la décision des arbitres ne peut dès lors se satisfaire de la simple existence de motifs sans avoir égard à leur qualité extrinsèque. C'est à juste titre que l'on a souligné que « *pareille tolérance peut réduire l'obligation de motivation au rôle d'une simple exigence d'une mention obligatoire qui doit figurer 'pour la forme' dans la sentence* » (184) et qu'elle risque de conduire à faire de la sentence arbitrale, une « *caricature* » (185) d'acte juridictionnel.

CONCLUSIONS

31. Pour reprendre la terminologie empruntée au début de cette étude au doyen PERDRIAU (186), la Cour de cassation exerce dans le cadre de son contrôle de légalité, un contrôle « normatif », un contrôle « formel et procédural » et enfin un contrôle « disciplinaire ». Ce dernier « *s'exerce sur l'application des règles fondamentales qui régissent la conduite des procès et résultent notamment des principes généraux énoncés en tête du Nouveau Code de Procédure Civile ou institués par l'article 6 de la Convention EDH* » (187).

Sous réserve du contrôle de la contrariété de la sentence à l'ordre public prévu à l'article 1704.2 a) du Code judiciaire qui constitue une forme de « contrôle normatif », le juge de l'annulation exerce essentiellement un contrôle « disciplinaire » sur la décision des arbitres en ce sens qu'il s'effectue principalement sur les conditions procédurales dans lesquelles la sentence arbitrale a été élaborée.

Dans la mesure où, comme la fonction « disciplinaire » exercée par la Cour de cassation, l'office du juge de la régularité de la sentence revient en particulier à vérifier si les règles d'ordre public procédural régissant l'impartialité du juge, les droits de la défense ou la motivation de la décision ont été respectées, les deux contrôles peuvent être comparés et ils obéissent, dans une large mesure, aux mêmes règles.

(184) A. OUEFFELLI note sous Cass. Tunisie, 5^e ch. civ., 23 février 2000, *Rev. arb.*, 2001, p. 604.

(185) L'expression est de Ph. FOUCHARD, note sous Paris, 1^{re} ch. civ., 15 mai 1997, *Rev. arb.*, 1998, p. 563.

(186) A. PERDRIAU, *op. cit.*, pp. 1290 et s.

(187) *Ibidem.*, p. 1292, n^o 4.

C'est ainsi que tant la recevabilité des moyens pris de la violation des droits de la défense ou d'un défaut d'impartialité que l'appréciation du moyen pris d'un vice de motivation (sous réserve de l'aspect « normatif » de ce dernier grief) sont de plus en plus soumises à un seul et même régime, conforme aux garanties énoncées par l'article 6 de la CEDH.

Au risque de décevoir les partisans de la spécificité de l'arbitrage, force est en effet de constater que, sous l'impulsion du droit au procès équitable, il n'est plus déraisonnable mais inéluctable d'apprécier à l'aune des mêmes critères la régularité des deux catégories d'actes juridictionnels que constituent les décisions judiciaires et les sentences arbitrales.

Novembre 2002



Mélanges
John Kirkpatrick

=====
EXTRAIT
=====

BRUYLANT
BRUXELLES
2 0 0 4