
HOF VAN CASSATIE 10 FEBRUARI 2023

ARBITRAGE**Algemeen – Arbiters – Functie van jurisdictionele aard – Geen mogelijkheid van tussenkomst in een vernietigingsprocedure – Bewijswaarde tegenover de arbiters van een vernietigingsvonnis**

Omwille van de jurisdictionele aard van hun functie, mogen arbiters zich niet mengen in het debat over de nietigverklaring van hun sententie. Het is hun niet toegestaan een rechtsmiddel aan te wenden tegen de beslissing waarbij hun sententie wordt vernietigd. In het kader van een aansprakelijkheidsgeding tegenover de arbiters, hebben de redenen van een vernietigingsbeslissing slechts de bewijswaarde van een weerlegbaar vermoeden.

ARBITRAGE**Généralités – Arbitres – Fonction juridictionnelle – Pas d'intervention possible dans une procédure d'annulation – Valeur probante envers les arbitres d'un jugement d'annulation**

En raison de la nature juridictionnelle de leur fonction, les arbitres ne peuvent s'immiscer dans le débat relatif à l'annulation de leur sentence. Il ne leur est pas permis d'exercer un recours contre la décision par laquelle leur sentence est annulée. Dans le cadre d'une contestation relative à la responsabilité des arbitres, les motifs d'une décision d'annulation n'ont que la valeur probante d'une présomption simple.

*H.G., L.S. en S.S. / Agfa Finance NV in aanwezigheid van Euler Hermes NV
Zet.: K. Mestdagh (voorzitter), A. Lievens, B. Wylleman, I. Couwenberg en S. Mosselmans
(raadsheren)*

O.M.: E. HERREGODTS (advocaat-generaal)

Pl.: mrs. P. Lefebvre en J. Verbist

Zaak: C.20.0453.N

I. Rechtspleging voor het Hof

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Brussel van 16 juni 2020.

Advocaat-generaal E. HERREGODTS heeft op 24 januari 2023 een schriftelijke conclusie neergelegd.

Raadsheren B. Wylleman heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal E. HERREGODTS heeft geconcludeerd.

II. Cassatiemiddelen

De eisers voeren in hun verzoekschrift dat aan dit arrest is gehecht, drie middelen aan.

III. Beslissing van het Hof**Beoordeling****ONTVANKELIJKHEID VAN HET CASSATIEBEROEP**

1. Het Openbaar Ministerie voert een grond van niet-ontvankelijkheid van het cassatieberoep aan: arbiters kunnen de beslissing waarbij een arbitrale sententie wordt vernietigd, niet door een rechtsmiddel bestrijden.

2. Omwille van de jurisdictionele aard van hun functie, mogen arbiters zich niet mengen in het debat over de nietigverklaring van hun sententie.

Hieruit volgt dat het hun evenmin is toegestaan een rechtsmiddel aan te wenden tegen de beslissing waarbij hun sententie wordt vernietigd, met dien verstande dat de redenen van deze beslissing in het kader van

een eventueel aansprakelijkheidsgeding ten hunne opzichte slechts de bewijswaarde van een weerlegbaar vermoeden hebben.

Het cassatieberoep is niet ontvankelijk.

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eisers tot de kosten.

Bepaalt de kosten voor de eisers op 771,64 EUR en op de som van 650,00 EUR rolrecht verschuldigd aan de Belgische Staat, en bepaalt de kosten voor de verweerster op 321,21 EUR.

Conclusie van mevrouw advocaat-generaal E. HERREGODTS

Situering

1. Op 20 december 2007 werd door verweerster, samen met andere vennootschappen, een arbitrageprocedure opgestart teneinde een geschil te horen beslechten, gerezen in het kader van een kredietverzekeringsovereenkomst gesloten tussen verweerster en Euler Hermes NV, in gemeenverklaring opgeroepen partij.

Er werd een arbitraal college samengesteld, bestaande uit eisers.

2. Door het arbitraal college werd op 29 november 2011 een eerste tussensententie geveld.

3. Op 4 december 2014 werd door het arbitraal college een tweede tussensententie geveld.

4. Bij dagvaarding van 4 maart 2015 werd door verweerster de vernietiging gevorderd door de Nederlandstalige rechtbank van eerste aanleg Brussel van de tweede tussensententie.

5. Op 18 februari 2016 werd door het arbitraal college een eindsententie geveld.

6. Bij dagvaarding betekend op 4 en 5 juli 2016 werd door verweerster de vernietiging gevorderd door de Nederlandstalige rechtbank van eerste aanleg Brussel van de eindsententie.

7. Bij vonnis gewezen op 12 oktober 2016 werd de vordering tot vernietiging van de tweede tussensententie ontvankelijk doch ongegrond verklaard. Bij vonnis van 22 februari 2018 werd de vordering tot vernietiging van de eindsententie eveneens ontvankelijk doch ongegrond verklaard.

Door verweerster werd tegen beide vonnissen hoger beroep aangetekend bij het hof van beroep van Brussel.

8. Met een tussenarrest door het hof van beroep van Brussel gewezen op 16 juni 2020, worden beide hoger beroepen samengevoegd. Het hoger beroep wordt ongegrond verklaard in zoverre het strekt tot de vernietiging van de arbitrale sententies van 4 december 2014 en 18 februari 2016 op grond van de strijdigheid met de openbare orde en de overschrijding van rechtsmacht of bevoegdheden. Het hoger beroep wordt gegrond verklaard in zoverre het strekt tot de vernietiging van de arbitrale tussensententie van 4 december 2014 op grond van artikel 1704, 2°, g) van het Gerechtelijk Wetboek. De arbitrale tussensententie van 4 december 2014 wordt vernietigd. Het debat wordt heropend teneinde partijen toe te laten standpunt in te nemen met betrekking tot de ontvankelijkheid van het hoger beroep in zoverre het gericht is tegen de arbiters, en teneinde partijen toe te laten standpunt in te nemen omtrent de gevolgen van de vernietiging van de arbitrale tussensententie van 4 december 2014.

9. Met een eindarrest door het hof van beroep van Brussel gewezen op 20 oktober 2020, wordt het hoger beroep van verweerster onontvankelijk verklaard in zoverre gericht tegen eisers als arbiters, en wordt de arbitrale eindsententie van 18 februari 2016 vernietigd.

10. Eisers komen met hun voorziening in cassatie, met drie middelen, op tegen het arrest dat op 16 juni 2020 werd gewezen door het hof van beroep van Brussel.

Voor verweerster werd op 24 november 2020 een memorie van antwoord betekend aan eisers. De memorie van antwoord werd neergelegd op 26 november 2020.

Voor eisers werd op 16 december 2020 een memorie van wederantwoord neergelegd.

Bespreking

MIDDEL VAN NIET-ONTVANKELIJKHEID VAN HET CASSATIEBEROEP AMBTSHALVE AANGEVOERD DOOR HET OPENBAAR MINISTERIE

11. Ik meen, krachtens artikel 1097 Gerechtelijk Wetboek, tegen de voorziening in cassatie van eisers ambtshalve een middel van niet-ontvankelijkheid te moeten aanvoeren, wegens schending van een regel van openbare orde.

Het algemene rechtsbeginsel volgens hetwelk niemand tegelijk rechter en partij kan zijn in dezelfde zaak ("*nemo iudex in causa sua*") raakt de openbare orde (Cass. 13 oktober 1975, *Arr.Cass.* 1975, 191, ECLI:BE:-CASS:1975:ARR.19751013.8).

De functie van een arbiter is van jurisdictionele aard.

Hieruit volgt m.i. dat de arbiters de beslissing waarbij hun arbitrale sententie wordt vernietigd, niet door een rechtsmiddel kunnen bestrijden (zie Cass. (Fr.) 16 december 1997, geciteerd bij onder meer B. HANOTIAU en O. CAPRASSE, "*L'annulation des sentences arbitrales*", *JT* 2004, 415). Arbiters mogen zich immers, gelet op hun functie, niet mengen in het debat over de nietigverklaring van hun sententie.

Conclusie: het cassatieberoep is niet-ontvankelijk.

NOTE***L'implication des arbitres dans les procédures judiciaires relatives à leurs sentences***

Yves Herinckx¹

1. L'arrêt annoté² interdit aux arbitres d'intervenir dans les procédures judiciaires visant à l'annulation de leurs sentences. La Cour de cassation renverse ainsi sa jurisprudence antérieure et s'aligne sur le droit français, en opposition aux pratiques suivies en Suisse et en Angleterre. L'arrêt ajoute qu'un jugement d'annulation d'une sentence a envers les arbitres, dans le cadre d'une procédure en responsabilité ultérieure, la valeur probante d'une présomption simple.

(1) LES FAITS ET LES ARRÊTS DE LA COUR D'APPEL ET DE LA COUR DE CASSATION

2. Les faits pertinents pour la présente note peuvent se résumer très brièvement. Un tribunal arbitral *ad hoc* est appelé à trancher un litige en matière d'assurance-crédit – il s'agit, très classiquement, de déterminer si l'assureur doit ou non couvrir un sinistre. Le tribunal rend une première sentence partielle et fixe une nouvelle audience. L'assuré interroge le tribunal sur l'objet de cette audience et retient de la réponse donnée par le tribunal que celle-ci ne portera que sur certaines questions de procédure. Le tribunal rend ensuite une deuxième sentence partielle, qui tranche également des éléments de fond du litige. L'assuré lance une procédure en annulation de cette deuxième sentence, au motif d'une violation de ses droits de la défense. Il cite devant le tribunal de première instance néerlandophone de Bruxelles, outre l'assureur, les trois arbitres. Le tribunal le déboute et il interjette appel contre toutes les parties.³

La cour d'appel de Bruxelles retient une violation des droits de la défense et annule la deuxième sentence par un arrêt du 16 juin 2020, qui ordonne par ailleurs une réouverture des débats à propos – notamment – de la recevabilité de l'appel à l'égard des arbitres. Dans un second arrêt daté du 20 octobre 2020, la cour d'appel dit que l'appel est irrecevable en tant qu'il est dirigé contre les arbitres.⁴ La cour considère que l'action en annulation est un litige entre les parties à l'arbitrage, parmi lesquelles les arbitres ne figurent

1. Avocat (Bruxelles), Solicitor (Angleterre et Pays de Galles), conseiller suppléant à la cour d'appel de Bruxelles.

2. Également publié dans *b-Arbitra*, 2023, p. 62, avec une *Editors' Note* de M. DRAVE.

3. L'arbitrage avait commencé en 2008 et était encore régi par les règles antérieures à la loi du 24 juin 2013, d'où la possibilité d'un appel.

4. Les deux arrêts sont publiés dans *b-Arbitra*, 2020, p. 397, avec une note de J. KOLBER, « Enkele opmerkingen bij schending van materiële openbare orde, rechten van verdediging en overschrijding van rechtsmacht in arbitrage ».

pas. Les arbitres se prononcent comme juges et ne peuvent être à la fois juges et parties. Demander que l'arrêt d'annulation soit déclaré commun aux arbitres n'a pas de sens, selon la cour d'appel, parce qu'un tel arrêt leur est de toute manière opposable et que la partie qui a obtenu l'annulation peut s'appuyer sur celle-ci, dans le cadre d'une éventuelle procédure ultérieure en responsabilité ou en restitution des honoraires des arbitres, même si la décision d'annulation ne leur a pas été déclarée commune. L'appel de l'assuré est dès lors déclaré irrecevable en tant qu'il est dirigé contre les arbitres.

3. Deux pourvois sont formés contre l'arrêt de la cour d'appel. L'un est introduit par l'assureur et donne lieu à l'arrêt du 10 février 2023 dans l'affaire C.21.0273.N, publié par ailleurs dans cette *Revue* avec une note de Cyro Vangoidsenhoven et Joanna Kolber.⁵ L'arrêt indique qu'il est rendu entre l'assureur et l'assuré en qualités de demandeur et de défendeur, et en présence des trois arbitres appelés en déclaration d'arrêt commun.

L'autre pourvoi est formé par les trois arbitres et donne lieu à l'arrêt annoté, également du 10 février 2023, dans l'affaire C.20.0453.N. Les arbitres soutiennent en particulier qu'ils ont dûment respecté les droits de la défense des parties à l'arbitrage et que la cour d'appel a violé la foi due à ce que le tribunal arbitral avait écrit aux parties quant à l'objet de l'audience. Le tribunal avait indiqué que l'audience porterait, notamment, sur le droit applicable et les conséquences juridiques à en tirer (« de toepasselijke wet en de daaruit voortvloeiende rechtsgevolgen »), et les arbitres reprochent à la cour d'appel d'avoir lu cela comme visant exclusivement des points de procédure plutôt que de fond.

La Cour de cassation n'examine pas le moyen. A l'invitation, soulevée d'office, de son avocat général, elle déclare le pourvoi irrecevable : un arbitre n'a pas de recours contre l'annulation de sa sentence. De la même manière qu'un juge ne peut pas s'impliquer dans les procédures d'appel contre ses jugements, les arbitres ne peuvent pas s'immiscer dans les procédures d'annulation de leurs sentences. Ils ne peuvent donc pas, comme en l'espèce, se pourvoir en cassation contre un arrêt qui a – fût-ce à tort selon eux – annulé leur sentence. La Cour de cassation ajoute toutefois une précision par laquelle elle contredit l'arrêt attaqué. Alors que la cour d'appel considérait qu'un arrêt d'annulation est de toute manière opposable aux arbitres et qu'il est dès lors sans intérêt de les faire intervenir dans la procédure, la Cour de cassation indique que la décision d'annulation, ou plus précisément les motifs de celle-ci, ne constituent qu'une présomption simple à l'égard des arbitres. Ceux-ci gardent donc la faculté de soutenir, dans une procédure en responsabilité ultérieure, que la sentence a été annulée à tort.

Curieusement, l'arrêt rendu sur le pourvoi de l'assureur est prononcé en présence des arbitres appelés en déclaration d'arrêt commun. L'on se serait attendu, pour assurer la cohérence entre les deux arrêts, que la Cour dise la demande d'arrêt commun irrecevable. Le dispositif de l'arrêt, toutefois, ne contient pas la formule usuelle par laquelle la Cour « déclare l'arrêt commun à un tel ». Nous ne pensons pas que l'on puisse déduire quoi que ce soit de l'absence d'une décision expresse de la Cour, dans un sens ou dans l'autre, sur ce point.

(2) LA PORTÉE DE L'ARRÊT

4. L'arrêt annoté est fondé sur la prémisse que les arbitres exercent une fonction juridictionnelle et en déduit qu'ils ne peuvent s'immiscer – *zich mengen*, dans la version néerlandaise originale de l'arrêt – dans le débat relatif à l'annulation de leurs sentences.

Ainsi formulée, la règle a une portée générale. Elle vise toutes les configurations procédurales où un arbitre serait impliqué d'une manière ou d'une autre dans une procédure d'annulation.

Le cas de figure ayant donné lieu à l'arrêt est celui où des arbitres demandent la cassation d'une décision d'annulation. La même solution doit s'appliquer à une tierce opposition qui serait faite par des arbitres contre un jugement d'annulation.⁶ Une telle tierce opposition n'est pas recevable. L'avocat général HERREGODTS, à l'origine du moyen pris d'office qui a mené à l'arrêt annoté, s'était d'ailleurs appuyée dans ses conclusions sur l'arrêt de la Cour de cassation française du 16 décembre 1997, qui interdit à un arbitre de faire tierce opposition à l'annulation de sa sentence.⁷

5. C. VANGOIDSENHOVEN et J. KOLBER, « Over het aantonen van een invloed op de arbitrale sententie en de verplichting tot gedeeltelijke vernietiging » (note sous Cass., 10 février 2023), *infra* dans cette revue.

6. Ph. DE BOURNONVILLE, *L'arbitrage*, Rép. not., Larcier, 2017, n° 158.

7. Voir n° 9 et la note 20.

5. Il faut étendre l'application de la règle à toutes les formes d'intervention des arbitres dans la procédure d'annulation. Un arbitre ne peut pas intervenir volontairement dans la procédure pour défendre la validité de sa sentence. Il ne peut pas non plus y être cité en intervention forcée afin que la décision lui soit déclarée commune. L'arrêt du 16 octobre 2020 de la cour d'appel de Bruxelles, visé par le pourvoi dans l'affaire annotée, était à cet égard arrivé à une conclusion exacte même si ses motifs – c'est-à-dire l'idée que l'annulation est de toute manière opposable aux arbitres, qu'il y ait ou non déclaration d'arrêt commun – étaient erronés. La cour d'appel de Bruxelles avait de même déjà décidé dans un arrêt du 25 septembre 1997 qu'une demande en déclaration d'arrêt commun dirigée contre les arbitres était irrecevable, au motif « que lorsque le tribunal de première instance ou la cour annulent une sentence arbitrale, cette décision lie de droit non seulement les parties à la procédure arbitrale, mais également les arbitres qui l'ont prononcée; que dans ces conditions, les [défendeurs en annulation] n'ont aucun intérêt à faire intervenir les arbitres à la cause aux fins de leur entendre déclarer commun l'arrêt qui interviendra sur l'action en annulation de la sentence arbitrale; que s'ils estiment devoir ultérieurement tenter une action en responsabilité contre les arbitres, ils pourront invoquer à leur égard l'arrêt qui prononce l'annulation de la sentence arbitrale ». ⁸ La doctrine de l'époque avait approuvé la conclusion mais exprimé des réserves quant au raisonnement, considérant que les arbitres assignés en responsabilité devaient encore pouvoir contester le bien-fondé de l'annulation. ⁹

Il est en outre certain, et ceci n'est pas nouveau, qu'une action en annulation doit être dirigée contre l'autre partie à l'arbitrage et pas contre les arbitres. Les arbitres ne peuvent pas être cités comme codéfendeurs. ¹⁰ Dans une récente affaire soumise au tribunal de première instance néerlandophone de Bruxelles, une partie insatisfaite d'une sentence avait assigné dans une même procédure tant son adversaire que la présidente du tribunal arbitral. Elle invoquait un manque d'impartialité de la présidente, demandait pour cette raison l'annulation de la sentence et mettait en cause la responsabilité de l'arbitre. Le tribunal de première instance a décidé de traiter en premier lieu la demande d'annulation de la sentence (qu'il a rejetée) et de renvoyer pendant ce temps au rôle la question de la responsabilité de l'arbitre (qui a ensuite perdu son objet vu le rejet de la demande d'annulation). ¹¹ Depuis l'arrêt annoté, un tel renvoi au rôle n'est plus la solution à retenir; l'arbitre devrait maintenant être immédiatement mis hors cause.

6. La règle posée par la Cour de cassation semble également empêcher que des arbitres soient appelés à témoigner, ou établissent une attestation, dans le cadre d'une procédure d'annulation. ¹² C'est ce que décide la jurisprudence française, qui a inspiré les conclusions de l'avocat général suivies par l'arrêt annoté. ¹³ Nous reviendrons plus bas sur la nécessité de parfois tolérer une exception à cette interdiction. ¹⁴

7. L'arrêt annoté renverse la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation, telle qu'elle résultait d'un arrêt du 10 janvier 2014. ¹⁵ L'arrêt attaqué avait annulé trois sentences successives parce que la dernière avait été rendue hors délai; il est cassé en tant qu'il annulait les deux premières. L'arbitre était appelé en déclaration d'arrêt commun devant la Cour de cassation. La Cour a déclaré son arrêt commun à celui-ci, au motif que « la demanderesse a intérêt à ce que le présent arrêt soit déclaré commun à [l'arbitre] ». L'avocat général avait également conclu, sans justification particulière, qu'il y avait lieu de déclarer l'arrêt commun à l'arbitre.

Cette jurisprudence de 2014 n'est pas conciliable avec l'arrêt annoté. Une décision déclarée commune à une partie intervenante ou appelée en intervention à cette fin a envers cette partie une autorité de chose jugée irréfragable. ¹⁶ On ne conçoit pas que ceci puisse se produire sans que cette partie ait eu l'occasion de faire valoir ses arguments dans la procédure; c'est le fondement même des droits de la défense et du procès équitable au sens de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme. Or l'arrêt annoté interdit aux arbitres de s'exprimer dans les procédures d'annulation de leurs sentences – zij « *mogen zich niet mengen in het debat* », ils ne peuvent s'immiscer dans le débat. Ceci exclut qu'ils puissent y être appelés en déclaration de jugement commun, et l'arrêt du 10 janvier 2014 n'est donc plus d'actualité.

8. Bruxelles, 25 septembre 1997, *J.T.*, 1998, p. 312.

9. B. HANOTIAU et O. CAPRASSE, « L'annulation des sentences arbitrales », *J.T.*, 2004, p. 413, n° 108. Voir égal. D. MOUGENOT, « Les interventions forcées conservatoires », *R.C.J.B.*, 2022, p. 167, n° 6, qui approuve la décision sans exprimer de réserve.

10. Civ. Bruges, 3 janvier 2000, *T.W.V.R.*, 2001, p. 162; M. PIERS, « Het verhaal van een 'derde' tegen een arbitrale uitspraak », *R.D.J.P.*, 2008, p. 119, n° 6; Ph. DE BOURNONVILLE, *loc.*

11. Civ. Bruxelles (Nl.), 9 juin 2022, *b-Arbitra*, 2023, p. 354.

12. Ph. DE BOURNONVILLE, *loc.*

13. Voir n° 9.

14. Voir n° 17.

15. Cass., 10 janvier 2014, *Pas.*, 2014, p. 57 et concl. Av. gén. HENKES.

16. Cass., 8 mars 2013, *Pas.*, 2013, p. 624 et concl. Av. gén. VANDEWAL, *Arr. Cass.*, 2013, p. 660; Cass., 14 mai 1982, *Pas.*, 1982, p. 1086.

8. L'on notera également un arrêt de la Cour de cassation du 3 octobre 2019, où la Cour a accepté un pourvoi formé par l'institution d'arbitrage (le Raad voor Arbitrage VZW) contre un arrêt qui avait à tort annulé une sentence prononcée sous les auspices de cette institution.¹⁷ La procédure était pathologique dès l'origine : la citation en annulation est dirigée non seulement contre les parties qui avaient gagné l'arbitrage mais également contre l'institution ; un appel est interjeté contre le jugement de première instance qui rejette la demande d'annulation et la cour d'appel se saisit du fond de l'affaire, alors que l'arbitrage avait commencé le 11 décembre 2013 et était donc soumis au nouveau droit de l'arbitrage, en vigueur depuis le 1^{er} septembre 2013, qui ne permet plus l'appel dans ce type de procédures. Les conclusions du premier avocat général relèvent l'erreur mais notent que le pourvoi ne met pas en question la recevabilité de l'appel, de telle sorte que la Cour de cassation ne pouvait rien en dire. La cassation est prononcée parce que la cour d'appel avait en réalité, selon la Cour de cassation, procédé à une révision au fond de la sentence sous prétexte de l'examen d'une prétendue contradiction dans sa motivation.

Vu ce contexte très particulier, il serait à notre avis présomptueux de déduire de l'arrêt du 3 octobre 2019 que la Cour de cassation admet, en règle, qu'une institution d'arbitrage peut intervenir dans les procédures d'annulation des sentences rendues sous ses auspices. Une telle intervention ne se heurte à notre avis à aucune objection de principe, parce que les fonctions de l'institution sont d'ordre administratif et pas d'ordre juridictionnel et que la prémisse de l'arrêt annoté ne s'y applique donc pas¹⁸, mais la question reste ouverte.

(3) FRANCE, SUISSE ET ANGLETERRE

9. L'arrêt annoté s'inscrit dans la ligne d'une jurisprudence française bien établie.¹⁹ La Cour de cassation française, partant chaque fois du principe que « nul ne peut être juge et partie » et que « l'arbitre exerce une fonction juridictionnelle », a décidé en 1997, dans l'affaire *Raoul Duval*, qu'un arbitre ne peut faire tierce opposition à un arrêt d'annulation de sa sentence et en 2018, dans l'affaire *Tapie*, qu'un arbitre ne peut faire tierce opposition à un arrêt de rétractation (dans le cadre d'un recours en révision pour fraude) de sa sentence.²⁰ La cour d'appel de Paris a précisé dans la même affaire *Tapie* que l'interdiction pour les arbitres de contester l'arrêt qui censure leur sentence vaut également lorsque cette décision est susceptible de fonder une action en responsabilité, « sans que puisse [leur] être opposée l'autorité de chose jugée par l'arrêt de censure ».²¹

Le droit français ne permet pas qu'un arbitre soit appelé en déclaration d'arrêt commun dans le cadre d'une procédure d'annulation.²² Un appel en intervention forcée d'un arbitre dans une procédure d'annulation avait été admis dans une ancienne affaire *L'Oréal*, mais la doctrine a souligné que ceci était exceptionnel et était dû aux circonstances très particulières de l'affaire.²³

Un arbitre ne peut pas être appelé comme témoin dans une procédure concernant sa sentence. Ici aussi, la règle découle de sa fonction juridictionnelle. Selon les termes de la cour d'appel de Paris, « l'arbitre, même dessaisi par l'effet de la sentence, n'est pas un tiers par rapport au litige qu'il a jugé ; qu'investi de la mission de trancher ce litige, il accède dès acceptation de sa mission au statut de juge par l'effet du contrat d'investiture ; qu'il possède donc les mêmes droits et doit respecter les mêmes devoirs qu'un juge, dont l'audition personnelle, dans une instance où il n'est pas lui-même partie, n'est pas légalement possible ».²⁴ Un arrêt de la même cour d'appel considère que le fait qu'un demandeur en annulation ait sollicité et produit une lettre du coarbitre qu'elle avait désigné « portant sur des échanges ayant eu lieu entre un des coarbitres et le président du tribunal », outre que ceci porte atteinte au secret des délibérations, constitue un abus de procédure.²⁵ L'on relèvera également que, dans deux affaires où l'annulation d'une sentence était demandée en raison d'une prétendue violation du principe de la collégialité du tribunal arbitral, qui aurait exclu de ses délibérations le coarbitre désigné par le demandeur en annulation, la cour d'appel de

17. Cass., 3 octobre 2019, *Pas.*, 2019, 1726, et concl. Prem. av. gén. MORTIER, *Arr. Cass.*, 2019, p. 1819; également publié dans *b-Arbitra*, 2020, p. 117, avec note S. GOLDMAN, « Le contrôle de l'absence de contradiction des motifs : la relance du débat ? ».

18. Sur la différence de nature entre les deux fonctions, voir Cass. fr., 22 mars 2023, pourvoi n° 21-16.238, *Kraydon / CCI*, www.courdecassation.fr.

19. Ph. FOUCHARD, « Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française », *Rev. arb.*, 1996, p. 325, n°s 15 à 20.

20. Cass. fr., 16 décembre 1997, *Raoul Duval*, *Rev. arb.*, 1999, p. 253; Cass. fr., 11 janvier 2018, *Estoup / Groupe Bernard Tapie e.a.*, *Rev. arb.*, 2018, p. 294 et *Cah. arb.*, 2018, p. 111. Dans le même sens, Paris, 6 décembre 1994, *Raoul Duval*, *Rev. arb.*, 1996, p. 411.

21. Paris, 27 septembre 2016, *Cah. arb.*, 2016, p. 1026.

22. Paris, 27 mai 2014, *Cah. arb.*, 2014, p. 621.

23. Paris, 9 avril 1992, *Rev. arb.*, 1996, p. 475; Ph. FOUCHARD, o.c., n° 18.

24. Paris, 29 mai 1992, *Rev. arb.*, 1996, p. 408; il s'agissait d'une procédure d'appel contre la sentence, possible à l'époque.

25. Paris, 25 janvier 2022, *Rev. arb.*, 2022, p. 830.

Paris s'est prononcée sur la seule base des pièces de la procédure arbitrale et n'a pas trouvé nécessaire d'obtenir des explications de la part des arbitres.²⁶

10. La Suisse adopte une approche résolument différente. L'on sait que les procédures d'annulation de sentences arbitrales s'y passent en un seul ressort devant le Tribunal fédéral, qui est l'homologue de notre Cour de cassation. Or la règle est que le Tribunal fédéral peut communiquer les pourvois à la juridiction qui a rendu la décision attaquée et solliciter ses observations.²⁷ La même pratique est suivie en matière de recours contre des sentences arbitrales. Le Tribunal fédéral demande dans la plupart des cas – c'est-à-dire chaque fois que ce n'est pas manifestement inutile – au tribunal arbitral de « se déterminer », ou en d'autres mots de formuler ses observations, sur le recours.

La meilleure doctrine recommande que les arbitres, plutôt que de répondre à la requête en annulation, se réfèrent simplement à leur sentence, ou se limitent à un bref commentaire objectif lorsque des circonstances particulières le justifient.²⁸ C'est ce que font certains²⁹, mais la pratique actuelle révèle une nette propension de la plupart des arbitres à défendre activement leurs sentences – et la même doctrine reconnaît que les observations soumises par les arbitres sont parfois décisives.³⁰ Certaines notes d'observations sont très élaborées.³¹

Lorsque la demande d'annulation est fondée sur une absence de réponse par les arbitres à certains moyens, le Tribunal fédéral admet que le tribunal arbitral puisse sauver sa sentence en complétant la motivation par le biais de ses observations sur le recours : « Si la sentence passe totalement sous silence des éléments apparemment importants pour la solution du litige, c'est aux arbitres ou à la partie intimée qu'il appartient de justifier cette omission dans leurs observations sur le recours. Ils peuvent le faire en démontrant que, contrairement aux affirmations de la partie recourante, les éléments omis n'étaient pas pertinents pour résoudre le cas concret, ou, s'ils l'étaient, qu'ils ont été implicitement réfutés par le tribunal arbitral. »³² Lorsqu'il y a contestation sur la nature de l'acte attaqué – sentence susceptible de recours en annulation ou ordonnance de procédure non attaquable – le Tribunal fédéral accorde un poids certain à ce qu'en disent les arbitres dans leurs observations : « La qualification de la décision retenue par le [Tribunal Arbitral du Sport], si elle ne lie certes pas le Tribunal fédéral, constitue un élément dont il faut tenir compte. En effet, confronté à une décision non motivée, le Tribunal fédéral ne peut pas faire abstraction totale de l'avis exprimé par l'auteur de cette décision quant à la nature juridique d'icelle, puisqu'aussi bien, jusqu'à preuve du contraire, la Formation est encore la mieux placée pour fournir des précisions touchant la portée de la décision qu'elle a rendue. »³³ Les recours qui allèguent un défaut d'indépendance ou d'impartialité d'un arbitre provoquent bien entendu systématiquement une réponse du ou des arbitres, dont le Tribunal fédéral tient compte.³⁴

Le Tribunal fédéral a expressément rejeté l'idée prévalant en France et, depuis l'arrêt annoté, en Belgique que la fonction juridictionnelle de l'arbitre l'empêche de se mêler du débat sur la validité de sa sentence : « Quant à l'affirmation des deux auteurs déjà cités³⁵, selon laquelle il ne serait pas compatible avec l'impartialité de l'arbitre de 'défendre' la sentence contre les attaques d'une partie, elle paraît trop absolue dans sa formulation. A tout le moins n'a-t-elle pas sa place lorsque, comme c'est ici le cas, l'indépendance et l'impartialité d'un membre du tribunal arbitral sont contestées : en pareille hypothèse, l'arbitre nommément

26. Paris, 26 mars 2009, *Papillon Group Corporation / Syrie*, *Rev. arb.*, 2010, p. 525, pourvoi rejeté par Cass. fr., 29 juin 2011, *Rev. arb.*, 2011, p. 836; Paris, 16 janvier 2003, *Intelcam / France Télécom*, *Rev. arb.*, 2004, p. 369 et note L. JAEGER.

27. Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral, art. 105, par. 1^{er} : « Si nécessaire, le Tribunal fédéral communique le recours à l'autorité précédente ainsi qu'aux éventuelles autres parties ou participants à la procédure ou aux autorités qui ont qualité pour recourir; ce faisant, il leur impartit un délai pour se déterminer » et, dans le cas d'une procédure en révision de sentence, art. 109a, par. 2 : « Le Tribunal fédéral notifie la demande de révision à la partie adverse et au tribunal arbitral pour avis, sauf si la demande est manifestement irrecevable ou infondée. »

28. S. BESSON, « Role of Arbitrators and Arbitral Institutions in Subsequent Court Proceedings », in P. TERCIER (dir.), *Post Award Issues, ASA Special Series No. 38*, Juris, 2011, p. 93, spéc. pp. 96 et 99.

29. P. ex., Tr. féd., 24 août 2022, 4A_492/2021; Tr. féd., 24 janvier 2022, 4A_404/2021, *ASA Bull.*, 2022, p. 691; Tr. féd., 1^{er} octobre 2018, 4A_550/2017, *ASA Bull.*, 2019, p. 133. Les arrêts cités sans référence de publication sont disponibles sur www.bger.ch.

30. S. BESSON, o.c., p. 97.

31. P. ex., Tr. féd., 22 décembre 2022, 4A_232/2022. Les sentences du Tribunal arbitral du sport (basé à Lausanne et grand fournisseur du Tribunal fédéral) donnent habituellement lieu à des observations présentées par le secrétariat général du TAS plutôt que par les arbitres eux-mêmes; voir Tr. féd., 10 décembre 2020, 4A_384/2020.

32. Tr. féd., 27 mars 2019, 4A_539/2018, *ASA Bull.*, 2020, p. 496. Dans le même sens, Tr. féd., 11 novembre 2021, 4A_264/2021, *ASA Bull.*, 2022, p. 206, jugeant qu'« il ressort des observations formulées par l'arbitre sur le recours que celui-ci a bel et bien tenu compte des déclarations auxquelles fait allusion la recourante »; Tr. féd., 16 janvier 2023, 4A_438/2022; Tr. féd., 1^{er} octobre 2018, 4A_550/2017, *ASA Bull.*, 2019, p. 133; Tr. féd., 22 mars 2007, ATF, 133 III 235.

33. Tr. féd., 6 janvier 2020, 4A_287/2019, *ASA Bull.*, 2020, p. 212. Dans le même sens, Tr. féd., 28 janvier 2016, 4A_222/2015, *ASA Bull.*, 2016, p. 760.

34. P. ex., Tr. féd., 4 mars 2022, 4A_520/2021, *ASA Bull.*, 2022, p. 704; Tr. féd., 22 décembre 2020, 4A_318/2020, *ASA Bull.*, 2021, p. 736.

35. L'arrêt vise G. KAUFMANN-KOHLER et A. RIGOZZI, *Arbitrage international : droit et pratique à la lumière de la LDIP*, 2^e éd., Weblaw, 2010, n° 782c.

mis en cause doit pouvoir se défendre, par le truchement de l'institution d'arbitrage qui l'a désigné, contre des attaques susceptibles de porter atteinte à sa personnalité, en particulier à son honneur professionnel. »³⁶

Une récente décision du Tribunal fédéral admet qu'un arbitre puisse exercer un recours en révision contre une décision d'annulation de sa sentence, dans une affaire dont la particularité était que l'annulation portait spécifiquement sur la partie de la sentence dans laquelle l'arbitre fixait ses propres honoraires et condamnait une partie à les lui payer. Le Tribunal fédéral a toutefois précisé que, de manière générale, les arbitres n'ont pas qualité pour exercer un recours contre l'annulation de leurs sentences.³⁷

Nous n'avons pas connaissance de jurisprudence suisse relative à la possibilité de faire témoigner des arbitres dans une procédure judiciaire ultérieure. Les Swiss Rules, c'est-à-dire le règlement d'arbitrage du Swiss Arbitration Centre, prévoient qu'« Après que la sentence ou la décision de clôture de la procédure a été rendue [...] les arbitres [...] ne peuvent pas être tenus de faire de déclaration à qui que ce soit sur une question ayant trait à l'arbitrage. Aucune partie ne sollicitera le témoignage de l'une de ces personnes dans une procédure, judiciaire ou autre, en relation avec l'arbitrage. »³⁸

11. En Angleterre, l'Arbitration Act 1996 prévoit qu'une citation en annulation d'une sentence (ou une citation contenant un *appeal on point of law*) doit être signifiée aux parties à l'arbitrage ainsi qu'aux arbitres (*notice to the other parties and to the tribunal*).³⁹ La signification leur est faite pour information et n'a pas pour conséquence que les arbitres deviennent défendeurs à l'action.⁴⁰ Les arbitres peuvent ensuite, à leur choix, prendre la qualité de défendeurs ou présenter des observations écrites à la Cour.⁴¹

Le Chartered Institute of Arbitrators a publié des recommandations sur les bonnes pratiques à suivre par les arbitres dans une telle situation.⁴² De manière générale, le CI Arb suggère que les arbitres choisissent entre deux attitudes : soit ils ne réagissent pas et laissent la procédure suivre son cours, soit ils soumettent des observations sans prendre la qualité de défendeurs. Il ajoute que, dans ce second cas, il est important que l'arbitre le fasse de manière impartiale et totalement exacte de manière à ne pas compromettre son indépendance. Le CI Arb note que le fait pour un arbitre d'être parfois exposé à une critique injustifiée ou excessive de son travail est un risque du métier (*an occupational hazard*) et que, pour autant que l'arbitre ait pu vérifier que la Cour dispose de tous les éléments nécessaires, mieux vaut en général qu'il résiste à la tentation d'intervenir et se taise. Il existe toutefois des circonstances où une réponse est souhaitable, lorsque l'arbitre veut protéger sa réputation face à des allégations inexacts ou pour éviter que la Cour soit mal informée. En conclusion, « The cardinal rule is to respond only where this is absolutely necessary, do so objectively and confine any response to statements which can be verified from the contemporary documents. »

La question de savoir si un arbitre peut être appelé à témoigner dans une procédure judiciaire relative à sa sentence a fait l'objet de quelques précédents de jurisprudence, dont le principal remonte au XIX^e siècle.⁴³ De tels témoignages sont admis, pour autant qu'ils ne portent que sur des questions de fait ou sur le déroulement de la procédure ; les arbitres ne peuvent pas être interrogés sur les raisons ou la portée de leurs sentences.⁴⁴ Le règlement d'arbitrage de la LCIA contient une règle similaire à celle qu'on lit dans les Swiss Rules : « After the award has been made [...] none of [...] any arbitrator [...] shall be under any legal obligation to make any statement to any person about any matter concerning the arbitration ; nor shall any party seek to make any of these [...] persons a witness in any legal or other proceedings arising out of the arbitration. »⁴⁵

36. Tr. féd., 29 octobre 2010, 4A_234/2010, *ASA Bull.*, 2011, p. 80.

37. Tr. féd., 25 novembre 2022, 4F_16/2022, *ASA Bull.*, 2023, p. 172.

38. Swiss Rules, art. 45, par. 2. S. Besson (o.c., p. 103) exprime des doutes quant à la validité de cette disposition. Aux Etats-Unis, une clause similaire dans le règlement de l'AAA a fondé le refus d'entendre un arbitre dans *Vantage Deepwater Co. / Petrobras Am., Inc.*, 966 F.3d 361 (5th Cir. 2020).

39. *Arbitration Act 1996*, Sections 67(1), 68(1) et 69(1).

40. *Civil Procedure Rules*, Rule 62.6, spécifiant *a contrario* que les arbitres doivent être cités comme défendeurs s'il s'agit notamment d'une procédure en récusation.

41. *Practice Direction 62*, paragraphes 4.1 et 4.3.

42. *Practice Guideline 8: Guidelines for Arbitrators who Receive Notice of Arbitration Applications to the Court*, disponible sur www.ciarb.org/resources/guidelines-ethics/international-arbitration.

43. *Duke of Buccleuch* (1871-1872) L.R. 5 H.L. 418.

44. G. BLANKE, « Whether Arbitrators Can be Called as Witnesses: the Position under English Law », *Arbitration*, 2008, p. 114; R. DUPEYRE, « Arbitrators on the Witness Stand! Comparative Approaches », *Kluwer Arbitration Blog*, 3 août 2010. A Singapour mais à propos du droit anglais : *CZT v CZU* [2023] SGHC(I) 11, § 50 et 51. A Hong Kong, sur la base de précédents de droit anglais, un arbitre peut témoigner volontairement mais ne peut pas être forcé à le faire: *Song Lihua v Lee Chee Hon* [2023] HKCFI, 1954, § 23 à 35.

45. LCIA Arbitration Rules, art. 31.2.

12. L'International Bar Association a publié en 1987 des *Rules of Ethics for International Arbitrators* (qui ne figurent plus actuellement sur son site web et semblent être tombées dans l'oubli).⁴⁶ L'article 9 de ces règles dispose que : « An arbitrator should not participate in, or give any information for the purpose of assistance in, any proceedings to consider the award unless, exceptionally, he considers it his duty to disclose any material misconduct or fraud on the part of his fellow arbitrators. » Cette règle de déontologie est conforme aux droits belge et français mais est plus restrictive que les droits suisse ou anglais.

(4) LA VALEUR PROBANTE DE LA DÉCISION D'ANNULATION

13. L'arrêt annoté, après avoir posé le principe que les arbitres ne peuvent pas se mêler de la procédure d'annulation, ajoute qu'une décision d'annulation n'a envers les arbitres que la valeur probante d'une présomption simple lorsqu'il s'agira d'examiner leur éventuelle responsabilité. La précision est importante parce que la jurisprudence des juridictions de fond était disparate à ce propos. Or l'enjeu de la question est important. Sans vouloir aborder ici l'étendue de la responsabilité des arbitres et de leur éventuelle immunité, il est clair que certains comportements d'un arbitre sont susceptibles d'entraîner tant la nullité d'une sentence que sa responsabilité personnelle, notamment pour les frais de la procédure d'arbitrage exposés inutilement ou pour les frais de la procédure d'annulation⁴⁷ : dépassement injustifié du délai dans lequel la sentence devait être rendue, non-divulgation volontaire d'éléments qui étaient de nature à soulever des doutes légitimes sur son indépendance ou son impartialité, corruption, par exemple. Si la sentence est annulée pour une telle raison, l'arbitre poursuivi en responsabilité sera dans une position beaucoup plus délicate si les motifs de la décision d'annulation doivent être tenus pour acquis que s'il peut encore plaider avoir fait les choses correctement.

L'on trouvait d'un côté la ligne exprimée dans l'arrêt du 25 septembre 1997 de la cour d'appel de Bruxelles, déjà cité, selon laquelle la décision d'annulation « lie de droit » les arbitres.⁴⁸ L'arrêt attaqué par le pourvoi qui a donné lieu à la décision annotée considérait de même qu'il est sans intérêt d'attirer les arbitres dans la procédure en annulation parce qu'une éventuelle annulation « in elk geval tegenstelbaar is aan de arbiters en nu de partij die de vernietiging van een arbitrale beslissing heeft bekommen, zich desgewenst hierop kan beroepen in het raam van een eventuele tussen deze partij en de arbiters navolgend gerezen aansprakelijkheidsbetwisting en/of betwisting inzake de terugvordering van de door [deze partij] aan het arbitraal college betaalde kosten en erelonen en dit ook zonder dat de vernietigingsbeslissing gemeen werd verklaard aan de arbiters ».⁴⁹

En sens inverse, d'autres décisions considéraient qu'une décision d'annulation rendue dans une procédure où les arbitres n'étaient pas présents pouvait être invoquée contre eux, mais simplement à titre de présomption pouvant être renversée par des preuves contraires. C'est ce qui fut décidé tant en première instance qu'en appel dans une affaire où la responsabilité d'un arbitre était recherchée après que sa sentence ait par ailleurs été annulée – mais le cas était atypique parce que les parties à l'arbitrage avaient transigé et que le défendeur à l'action en annulation s'était simplement référé à justice.⁵⁰ C'est cette seconde tendance qui est maintenant consacrée par la Cour de cassation.

14. La solution dégagée par l'arrêt annoté est parfaitement orthodoxe eu égard à la jurisprudence constante de la Cour sur l'étendue de l'autorité de chose jugée et sur les effets des jugements envers les tiers. L'autorité de chose jugée est irréfragable – elle n'admet pas la preuve contraire – mais elle ne vaut qu'entre parties, y compris les parties appelées en déclaration de jugement commun ou intervenues à cette

46. *Arb. Intl.*, 1987, p. 72. Les *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration* de 2014 indiquent au point 8 de leur chapitre introductif que « In 1987, the IBA published *Rules of Ethics for International Arbitrators*. Those Rules cover more topics than these Guidelines, and they remain in effect as to subjects that are not discussed in the Guidelines. The Guidelines supersede the *Rules of Ethics* as to the matters treated here. » Ceci suggère que l'art. 9 des *Rules of Ethics* discuté ici, dont l'objet n'est pas traité par les *Guidelines*, serait encore d'application.

47. Sur le lien de causalité entre la faute de l'arbitre et les frais, voir Cass., 13 janvier 2022 et concl. Av. gén. HERREGODTS, *b-Arbitra*, 2022, p. 282; *R.D.C.*, 2022, p. 943, et note N. VANDERSTAPPEN, « La responsabilité des arbitres pour une sentence annulée et la perte de chance de ne pas obtenir une décision de justice plus favorable », *R.W.*, 2022-2023, p. 1384 et note S. LIEVENS, « Het oorzakelijk verband tussen fout en schade (wegens verlies van een kans) ».

48. Bruxelles, 25 septembre 1997, n. 8.

49. Bruxelles, 20 octobre 2020, n. 4.

50. Bruxelles, 28 novembre 2017, *b-Arbitra*, 2019, p. 217 et note L. DEMEYER, « De aansprakelijkheid van de arbiter: welke lessen te trekken? »; Civ. Bruxelles (Nl.), 13 novembre 2014, *b-Arbitra*, 2016, p. 215 et note J.-F. ROMAIN et A.F. BELLE, « Les limites bien pesées de la responsabilité des arbitres: la condition d'effacement préalable de la sentence et la définition de la faute » dans *b-Arbitra*, 2016, p. 67; *R.A.B.G.*, 2015, p. 807 et note J. VAN DONINCK et S. WIJNS, « De aansprakelijkheid van de arbiter voor zijn rechtsprekende functie ».

fin.⁵¹ A l'égard des tiers, un jugement n'a valeur probante qu'en tant que présomption simple, même s'il leur a été signifié et qu'ils n'ont pas fait tierce opposition dans le délai.⁵²

15. Malgré la position prise par la Cour de cassation, l'existence d'une décision d'annulation n'est pas neutre en ce qui concerne l'éventuelle responsabilité de l'arbitre. Alors qu'en règle générale le demandeur en responsabilité a la charge de la preuve de la faute qu'il invoque, l'existence d'un jugement d'annulation lui permet de bénéficier d'une présomption. Certes, tous les jugements d'annulation ne sont pas basés sur des motifs liés à une éventuelle faute de l'arbitre (une appréciation différente par l'arbitre et par le juge de l'annulation de la validité d'une convention d'arbitrage, par exemple, ne sous-entend pas la moindre faute de la part de l'arbitre) mais, lorsqu'il y a chevauchement entre les motifs d'annulation et le fondement allégué de la responsabilité de l'arbitre, la présomption qui résulte du jugement d'annulation a pour effet de renverser la charge de la preuve, au détriment de l'arbitre. Ainsi, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt annoté, ce sont les arbitres qui devront prouver que, contrairement à ce qu'en a dit la cour d'appel dans son arrêt d'annulation, il ne pouvait pas y avoir de malentendu sur l'objet de l'audience (nous faisons ici abstraction du débat relatif à leur éventuelle immunité pour ce qui relève de leur fonction juridictionnelle), plutôt que de laisser l'assuré tenter de prouver que l'audience ne portait que sur des questions de procédure.

La tierce opposition permet aux tiers de neutraliser le renversement de la charge de la preuve qui résulte d'une décision judiciaire à laquelle ils n'étaient pas parties. C'est selon la doctrine un « avantage significatif »⁵³ ou un « réel intérêt »⁵⁴ et c'est la raison pour laquelle la Cour constitutionnelle a jugé que l'absence de recours en tierce opposition contre les sentences arbitrales constitue une discrimination inconstitutionnelle : « Il est vrai que les tiers ne sont pas totalement privés de la possibilité de faire valoir leurs droits, dans la mesure où il leur est toujours loisible de renverser la présomption de vérité attachée à la sentence arbitrale par toutes voies de droit à l'occasion d'une procédure judiciaire ultérieure. Toutefois, l'exercice de la tierce opposition présentant, par rapport à cette possibilité, l'intérêt d'éviter au tiers le renversement de la charge de la preuve, l'impossibilité pour un tiers à une décision arbitrale de saisir une juridiction par la voie de la tierce opposition le place dans une situation moins favorable que le tiers à une décision judiciaire qui peut exercer cette voie de recours en sus de la possibilité de renverser la présomption lors d'une instance ultérieure. »⁵⁵ Il ne faut pas en déduire que l'impossibilité pour les arbitres de faire tierce opposition à un jugement d'annulation d'une sentence, qui découle de l'arrêt annoté, serait également inconstitutionnelle. En effet, le raisonnement de la Cour constitutionnelle part de l'idée que « les tiers à la convention d'arbitrage n'ont pas choisi ce mode de règlement du litige et ne peuvent donc être réputés en avoir accepté les conséquences sur leurs droits. Or, les possibilités pour les tiers au litige de s'opposer à la présomption de vérité attachée à la décision qui met fin à ce litige, présomption qui peut porter atteinte à leurs droits, varient en fonction du choix procédural posé par les parties et sur lequel les tiers n'ont aucune emprise. En effet, lorsque les parties ont soumis leur différend à l'arbitrage, les tiers se voient imposer la présomption de vérité attachée à la sentence arbitrale et ne peuvent la combattre par la tierce opposition, alors que cette voie de recours leur serait ouverte si les parties au litige avaient opté pour le règlement judiciaire de leur litige ».⁵⁶ Les tiers à une procédure arbitrale sont comparables aux tiers à une procédure judiciaire mais sont traités différemment. Ceci n'est pas le cas des arbitres : ils ont volontairement accepté leur mission, dont la nature juridictionnelle fait obstacle à ce qu'ils exercent un recours contre une décision d'annulation de leur sentence. Leur situation n'est pas comparable à celle des autres tiers, de telle sorte que le traitement différencié qui leur est fait quant au droit de former tierce opposition ne soulève selon nous aucun problème de constitutionnalité.

51. Cass., 8 mars 2013, *Pas.*, 2013, p. 624 et concl. Av. gén. VANDEWAL, *Arr. Cass.*, 2013, p. 660; Cass., 14 mai 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 1086.

52. Cass., 25 octobre 2021, C.20.0422.F, *juportal* et concl. Av. gén. INGHELS; Cass., 14 novembre 2019, *Pas.*, 2019, p. 2057 et concl. Prem. av. gén. MORTIER, *Arr. Cass.*, 2019, p. 2164; Cass., 2 mars 2018, *Pas.*, 2018, p. 488 et concl. Prem. av. gén. HENKES; Cass., 12 mai 2016, *Pas.*, 2016, p. 1080 et concl. Av. gén. VANDEWAL, *Arr. Cass.*, 2016, p. 1035; Cass., 21 janvier 2011, *Pas.*, 2011, p. 239 et Concl. Av. gén. VAN INGELGEM, *Arr. Cass.*, 2011, p. 254; Cass., 28 avril 1989, *Pas.*, 1989, p. 914 et concl. Proc. gén. KRINGS, *Arr. Cass.*, 1988-1989, p. 1013.

53. J.-F. VAN DROOGHENBROECK et A. HOC, *Les voies de recours*, in G. DE LEVAL (dir.), *Droit judiciaire*, t. 2, vol. 2, Larcier, 2021, p. 437.

54. J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL, « L'ouverture de la tierce opposition au tiers lésé par une sentence arbitrale : une lacune législative comblée par la Cour constitutionnelle », *Rev. not. belge*, 2017, p. 494, spéc. p. 497.

55. C.C., 16 février 2017, n° 21/2017, B.7.2. A l'origine et à la suite de la question préjudicielle, voir Civ. Bruxelles (Fr), 29 janvier 2016 et 12 avril 2018, *b-Arbitra*, 2018, p. 195. L'arrêt a été commenté par J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL, o.c.; O. CAPRASSE et M. MALHERBE, « L'extension du recours en tierce opposition aux tiers lésés par une sentence arbitrale », *b-Arbitra*, 2017, p. 207; M. DRAYE, « Reflections on Third Party Opposition in Arbitration », *b-Arbitra*, 2019, p. 117; T. DE JAEGER, « Gebrek aan derdenverzet tegen arbitrale uitspraak is ongrondwettig », *N.J.W.*, 2017, p. 493.

56. *Ibid.*, B.7.1.

Ceci dit, la portée pratique de ce renversement de la charge de la preuve reste assez limitée. La réalité des choses est que, dans les prétoires, chaque partie tente de convaincre le juge de la vérité de ses assertions et de l'inexactitude de celles de son adversaire. Ce n'est que dans les cas, somme toute assez peu fréquents, où le juge n'est convaincu ni par l'une ni par l'autre à l'issue de cette dialectique que la théorie de la charge de la preuve devient déterminante.

(5) SAGESSE DE LA DÉCISION ?

16. La décision annotée est-elle sage et opportune ? L'on a vu qu'elle est conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation française mais s'oppose à la solution prévalant en Suisse et en Angleterre. La réputation de ces trois places d'arbitrage n'est plus à faire et chacune de leurs approches est donc *a priori* respectable.

Le choix effectué par l'arrêt annoté nous paraît judicieux. L'arbitre doit rester hors du conflit qu'il juge. Il n'est pas bon qu'il descende dans l'arène et prenne parti dans un litige – judiciaire cette fois – entre les parties qui se sont opposées devant lui. C'est évident lorsque la procédure judiciaire concerne une sentence partielle et que l'arbitrage est encore en cours par ailleurs. L'arbitre ne peut pas être en même temps en litige avec une partie devant une instance judiciaire et se prétendre impartial dans l'instance arbitrale. C'est moins clair lorsque l'arbitrage est terminé. Certes, l'exigence d'impartialité prend fin avec le dessaisissement de l'arbitre, en ce sens qu'une partialité qui naîtrait ultérieurement n'est pas une cause d'annulation de la sentence⁵⁷, mais il importe de continuer à préserver, après la fin d'un arbitrage, l'idée que justice a été rendue en toute sérénité par des personnes totalement impartiales. Tout ce qui pourrait rétrospectivement en faire douter doit autant que possible être évité.

Le point de départ du raisonnement de la Cour de cassation est fondamental : les arbitres exercent une fonction de nature juridictionnelle. Il ne serait pas convenable qu'un juge intervienne dans une procédure d'appel ou de cassation dirigée contre un jugement qu'il a rendu. Cela ne se fait pas et personne n'en doute ; ce ne serait pas compatible avec sa fonction. La même inconvenance vaut lorsqu'il s'agit d'un arbitre. L'arbitre doit justifier sa décision par les motifs de sa sentence, de la même manière qu'un juge justifie la sienne par les motifs de son jugement. Une fois rendus, la sentence et le jugement doivent être capables de convaincre par eux-mêmes, le juge ou l'arbitre en sont dessaisis et il n'est plus temps pour eux de compléter ou de corriger, ou encore de simplement défendre, leur œuvre.

17. Le principe, toutefois, nous paraît appeler une exception lorsque le fondement de l'attaque dirigée contre la sentence concerne directement la personne de l'arbitre ou son comportement et qu'il n'est pas possible de trancher la question en connaissance de cause sans avoir entendu ce que l'arbitre a à en dire. Nous pensons en particulier à deux cas de figure. Le premier est celui des causes de récusation, le second concerne les pathologies graves du délibéré.

L'on sait que le manque d'impartialité d'un arbitre est une cause d'annulation de la sentence, pour autant que les faits pertinents soient invoqués sans retard après leur découverte.⁵⁸ Or il n'est généralement pas possible de se prononcer de manière fiable sur une allégation de partialité ou de manque d'indépendance, ou de doutes légitimes à ce propos, sans entendre le point de vue de l'arbitre concerné.

Il ne paraît pas possible non plus d'évaluer un moyen qui invoque une violation du principe de collégialité, l'un des arbitres ayant prétendument été exclu du délibéré par les deux autres, sans que les arbitres aient pu expliquer comment les choses se sont réellement passées – même si l'on a noté plus haut que les juridictions françaises pensent y arriver.⁵⁹

57. Civ. Bruxelles, 17 juin 2021, *b-Arbitra*, 2021, p. 392 (pouvoi rejeté par Cass., 24 avril 2023, C.21.0548.F), *infra* dans cette revue et note Y. HERINCKX, « Secrétaire arbitral – Secret ou transparence du fonctionnement interne du tribunal », § 14.

58. C. VERBRUGGEN, « Annulment and enforcement of arbitral awards in Belgium », n° 28, in W. VAN BAREN et D. DE MEULEMEESTER (dirs.), *Annulment and Enforcement of Arbitral Awards from a Comparative Law Perspective*, Kluwer Law International, 2018, p. 3; M. DRAVE, « Article 1687 », § 53, 55 et n. 26, in N. BASSIRI et M. DRAVE (dirs.), *Arbitration In Belgium, A Practitioner's Guide*, Wolters Kluwer, 2016; C. VERBRUGGEN, « Article 1717 », § 72, in N. BASSIRI et M. DRAVE (dirs.), o.c.; J.-F. TOSSENS et S. GOLDMAN, « Recours en annulation : commentaire des arrêts de la Cour de cassation du 7 novembre 2013 et de la cour d'appel de Bruxelles du 6 décembre 2011 », *b-Arbitra*, 2014, p. 221, n°s 29 et 30. Sur le régime antérieur à la loi du 24 juin 2013 : J.-F. TOSSENS et S. GOLDMAN, « Commentaire de l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 3 décembre 2012 à la lumière de la nouvelle loi sur l'arbitrage », *b-Arbitra*, 2013, p. 440, n° 7; B. HANOTIAU et O. CAPRASSE, « L'annulation des sentences arbitrales », o.c., n. 9, n° 61.

59. Voir n° 9, *in fine*.

Il nous semble indiqué que, dans ces cas très particuliers, les arbitres puissent être admis à s'exprimer devant le tribunal étatique qui examine leur sentence. Ceci ne doit pas prendre la forme d'une intervention proprement dite et les arbitres ne doivent pas devenir parties à la procédure judiciaire ; mais ils devraient pouvoir s'y exprimer par le biais d'une attestation écrite ou éventuellement d'un témoignage oral. C'est une forme limitée d'immixtion dans le débat relatif à l'annulation de leur sentence qui devrait être tolérée, par exception à la règle générale justement établie par l'arrêt annoté.

Une telle exception ne paraît pas heurtante. Le Code judiciaire prévoit la possibilité d'une prise à partie du juge, en particulier, lorsque « la loi déclare les juges responsables à peine de dommages-intérêts ».⁶⁰ Le juge concerné peut répondre, sous la forme d'un mémoire en réponse, aux accusations qui lui sont faites ; le fait que la prise à partie puisse éventuellement aboutir à l'annulation de sa décision ne fait pas obstacle à ce droit de réponse. Or les situations envisagées ici sont susceptibles selon les circonstances d'entraîner la responsabilité des arbitres. Il n'est donc pas choquant de leur permettre dans ces hypothèses une certaine implication dans la procédure d'annulation.

18. L'arrêt annoté mérite pleinement l'approbation. Il faudra parfois y faire une exception limitée, qu'il appartiendra à la jurisprudence de définir.

60. C. jud., art. 1140, 3°.