

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.
Raadsheer 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.
(...)

Note – L'arbitre ne dispose d'aucun recours à l'encontre de la décision annulant sa sentence

1. Cet arrêt, rendu le 10 février 2023 par la 1^{re} chambre néerlandaise de la Cour de cassation¹, déclare irrecevable, en vertu du principe général du droit selon lequel « nul ne peut être juge et partie en la même cause », le pourvoi intenté par des arbitres à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles ayant prononcé l'annulation de la sentence arbitrale qu'ils avaient rendue.

2. En l'espèce, la société AGFA Finance avait initié en 2007 une procédure arbitrale à l'encontre de la société Euler Hermes, dans le cadre d'un litige portant sur un contrat d'assurance-crédit.

Une première sentence interlocutoire avait été rendue le 29 novembre 2011, puis une seconde le 4 décembre 2014.

3. Estimant que ses droits de la défense avaient été méconnus, AGFA sollicita, par citation du 4 mars 2015, l'annulation de cette seconde sentence interlocutoire devant le Tribunal de première instance néerlandophone de Bruxelles.

Par décision du 12 octobre 2016, le tribunal jugea cette demande non fondée et refusa par conséquent d'annuler la sentence litigieuse.

4. AGFA releva appel de cette décision devant la Cour d'appel de Bruxelles, ce qui était encore possible sous l'empire des dispositions antérieures à la loi du 24 juin 2013². Sous le nouveau régime, en revanche, la décision du tribunal de première instance est rendue en premier et dernier ressort (art. 1717, § 2 *juncto* art. 1680, § 5, C. jud.)³.

Par un arrêt interlocutoire du 16 juin 2020, la Cour d'appel de Bruxelles réforma la décision du 12 octobre 2016, sur la base de l'article 1704, 2^o, g), *ancien* du Code judiciaire (correspondant à l'actuel art. 1717, § 3, a), ii), C. jud.), lequel prévoyait qu'une sentence arbitrale puisse 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 une méconnaissance de toute autre règle impérative de la procédure arbitrale, pour autant que cette méconnaissance ait eu une influence sur la sentence arbitrale* ».

C'est cet arrêt qui fut ici frappé de pourvoi par les trois arbitres ayant constitué le tribunal arbitral dont la sentence se trouvait ainsi annulée.

5. Faisant usage de l'article 1097 du Code judiciaire, l'Avocate générale E. Herregodts souleva d'office une fin de non-recevoir déduite de la violation d'une règle intéressant l'ordre public, étant en l'occurrence le principe général du droit selon lequel « nul ne peut être juge et partie en la même cause » (*nemo iudex in causa sua*).

1. Cass. (1^{re} ch. N.), 10 février 2023, R.G. n° C.20.0453.N, *b-Arbitra*, 2023, p. 62, note M.D. ; *R.A.G.B.*, 2023, p. 250 ; *R.D.C.*, 2023, p. 1200, concl. Avocat général Herregodts, note Y. HERINCKX, « L'implication des arbitres dans les procédures judiciaires relatives à leurs sentences ». Un autre arrêt a été rendu le même jour en la même cause : Cass. (1^{re} ch.), 10 février 2023, R.G. n° 21.0273.N, *b-Arbitra*, 2023, p. 57, note.

2. Loi du 24 juin 2013 modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, *M.B.*, 28 juin, p. 41263.

3. Sur ce nouveau régime, voir M. DAL, « Les recours contre les sentences arbitrales en droit belge », in A. SALETTI, J. VAN COMPERNOLLE et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *L'arbitre et le juge étatique. Etudes de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 345-366.

Ses conclusions écrites sont assez peu disertes, se contentant d'une référence à un arrêt de la Cour de cassation du 13 octobre 1975⁴, érigeant cette règle au rang de principe général du droit⁵, et à un arrêt de la Cour de cassation de France du 16 décembre 1997⁶ qui, en vertu du même principe, avait jugé irrecevable la tierce opposition intentée par un arbitre contre la décision annulant la sentence qu'il avait rendue.

6. Se conformant aux conclusions du ministère public, la Cour ne se contente cependant pas, dans son arrêt, de déclarer le pourvoi irrecevable, puisqu'elle s'autorise au surplus deux *obiter dicta*.

D'une part, la Cour dit pour droit que les arbitres ne sont pas autorisés à intenter le moindre recours à l'encontre de la décision d'annulation – ne limitant donc pas la portée de sa décision au seul pourvoi, mais y incluant aussi, implicitement mais certainement, la tierce opposition⁷.

D'autre part, la Cour précise que les motifs de la décision d'annulation n'ont, à l'égard des arbitres, que la force probante d'une présomption réfragable dans le cadre d'un éventuel procès en responsabilité qui serait ultérieurement intenté contre eux.

7. Il faut en effet rappeler que l'autorité de chose jugée attachée à une décision de justice – qui s'étend à l'ensemble des questions litigieuses qui ont été tranchées et incluent les motifs qui en constituent le soutien nécessaire⁸ – ne vaut, à titre de présomption légale *irréfragable*⁹, qu'entre les parties à la décision, sans préjudice des voies de recours que celles-ci pourraient éventuellement intenter contre la décision rendue.

À l'égard des tiers, la décision rendue n'a en revanche pas d'autorité de chose jugée mais a seulement une force probante, valant ici au titre de présomption légale *réfragable*¹⁰, et que ces tiers peuvent donc chercher à renverser dans le cadre d'un éventuel procès ultérieur.

L'obiter dictum de la Cour vise donc à rappeler aux arbitres que s'ils ne sont certes pas admis à former recours contre la décision prononçant l'annulation de leur sentence (pas même la tierce opposition), leurs droits de la défense seront préservés, dans le cadre d'un tel procès en responsabilité, par la faculté qu'ils auront alors de remettre en cause les motifs ayant conduit à cette annulation.

8. Cette problématique fait écho à celle ayant donné lieu à l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle le 16 février 2017¹¹, par lequel elle a jugé, en substance, qu'un tiers devait être autorisé à former tierce opposition à l'encontre d'une sentence arbitrale, dès lors qu'il serait discriminatoire de réserver cette voie de recours aux seuls tiers à une décision judiciaire, comme y inviterait pourtant une lecture littérale de l'article 1122 du Code judiciaire.

Or dans cet arrêt, la Cour constitutionnelle a précisément estimé que le fait que l'autorité de la chose jugée attachée à la sentence arbitrale ne valait, à l'égard des tiers, qu'au titre de présomption réfragable, ne constituait pas une justification suffisante pour écarter toute discrimination, jugeant à cet égard que « *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* » (considérant B.7.2).

9. Il ne faut toutefois pas se méprendre sur la portée de cette décision de la Cour constitutionnelle.

En l'espèce, il lui revenait d'examiner l'existence ou non d'une discrimination entre deux catégories de justiciables comparables : le tiers à une sentence arbitrale et le tiers à une décision judiciaire.

4. Cass., 13 octobre 1975, *Pas.*, 1976, I, p. 181.

5. Voir, dans le même sens, Cass., 12 février 2009, *Pas.*, 2009, n° 117 ; Cass., 19 décembre 2002, *Pas.*, 2002, n° 685 ; W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *J.T.*, 1970, p. 583 ; P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, coll. *R.P.D.B.*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 60 ; C. PARMENTIER, *Comprendre la technique de cassation*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 54.

6. Cass. fr. (1^{re} civ.), 16 décembre 1997, pourvoi n° 95-15.921, *Rev. arb.*, 1999, p. 253 ; *Gaz. Pal.*, 1^{er} et 2 juillet 1998, *Jurisp.* 29, note B. SAGON. Voir plus récemment Cass. fr. (2^e civ.), 11 janvier 2018, pourvoi 16-24.740, qui précise que la tierce opposition de l'arbitre contre la décision annulant sa sentence est irrecevable même lorsqu'est allégué un excès de pouvoir, cette circonstance n'étant pas de nature à écarter les conditions d'intérêt et de qualité inhérentes à l'exercice de toute voie de droit. En ce sens, et en particulier sur la figure de la tierce opposition-nullité, voir A. HOC, *De l'appel-nullité au recours restauré. Etude de droit belge et de droit français*, thèse, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 310, n° 473 et p. 537, n° 748, sur la jurisprudence française précitée, Y. HERINCKX, « L'implication des arbitres dans les procédures judiciaires relatives à leurs sentences », *op. cit.*, p. 1205, n° 9.

7. Dans le même sens, Y. HERINCKX, « L'implication des arbitres dans les procédures judiciaires relatives à leurs sentences », *R.D.C.*, 2023, p. 1203, n° 4.

8. G. DE LEVAL et H. BOULARBAH, « Le jugement », in G. DE LEVAL (dir.), *Droit judiciaire*, t. 2, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 960, n° 8.53.

9. *Ibid.*, p. 980, n° 8.57.

10. Cass., 16 octobre 1981, *Pas.*, 1982, I, p. 245 ; Cass., 28 avril 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 214 ; Cass., 21 janvier 2011, *Pas.*, 2011, n° 61 ; Cass., 2 mars 2018, *Pas.*, 2018, n° 141 et concl. prem. Avocat général A. HENKES ; voir G. DE LEVAL et H. BOULARBAH, « Le jugement », *op. cit.*, p. 951, n° 8.48 ; *adde* A. HOC et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Les voies de recours », in G. DE LEVAL (dir.), *Droit judiciaire*, t. 2, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 434-441, n° 9.263.

11. C.C., arrêt n° 21/2017 du 16 février 2017, *M.B.*, 3 avril 2017, p. 48130 ; *b-Arbitra*, 2017, p. 253, note O. CAPRASSE et O. MALHERBE ; *J.L.M.B.*, 2017, p. 831 ; *N.J.W.*, 2017, p. 488, note T. DE JAEGER ; *Rev. not. belge*, 2017, p. 486, note J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL ; *R.W.*, 2016-17, p. 1439 ; *R.D.C.*, 2017, p. 558 ; *R.D.J.P.*, 2017, p. 73 ; *adde* S. GOLDMAN et G. CROISANT, « Les délais en arbitrage : un panorama », in A. HOC (dir.), *Les délais en matière civile : questions d'actualité*, coll. UB3, Bruxelles, Larcier, 2023, p. 188, n° 110.

Ce n'est pas le cas d'un arbitre, qui, à l'égard de la décision se prononçant sur la sentence qu'il a lui-même rendue, n'est pas dans une situation comparable à celle des deux catégories de tiers précitées, puisqu'il a lui-même fait œuvre juridictionnelle dans le cadre de la sentence litigieuse¹².

« *Ni partie, ni tiers, l'arbitre est donc dans un rapport unique avec la sentence* », comme le résume Thomas Clay¹³.

10. Si l'arrêt ici commenté doit être approuvé – la solution n'a rien que de très orthodoxe –, la question de savoir dans quelle mesure un arbitre, qui n'est « ni partie, ni tiers », peut être associé à la procédure d'annulation ou de refus d'exequatur de la sentence qu'il a rendue, n'appelle cependant pas, sur le plan des principes, de réponse univoque.

Ainsi, plusieurs droits nationaux, dont le droit suisse et le droit anglais¹⁴, autorisent l'arbitre à faire valoir ses observations dans le cadre du recours intenté contre sa sentence – voire lui imposent parfois un certain devoir de collaboration à cet égard¹⁵.

11. Par ailleurs, la question de la responsabilité de l'arbitre pour les actes posés dans le cadre de sa mission donne également lieu à des réponses moins évidentes qu'il n'y paraît¹⁶.

Certains systèmes de droit tendent à assimiler l'arbitre au juge étatique, et à lui accorder à ce titre une quasi-immunité pour les actes posés dans ce cadre¹⁷.

D'autres, au contraire, tendent à dénier à l'arbitre toute forme de protection particulière, voire à considérer comme non avenues les éventuelles clauses de limitation de responsabilité que contiendrait la convention

d'arbitrage (ou, comme c'est plus fréquemment le cas, le règlement d'arbitrage applicable)¹⁸.

12. En droit belge, il n'est pas prévu que l'arbitre puisse intervenir dans le cadre d'un recours en annulation dirigé contre sa sentence¹⁹ – hormis dans l'hypothèse où il serait sollicité par le tribunal étatique pour corriger ou compléter sa sentence afin, précisément, d'éviter pareille annulation (art. 1717, § 6, C. jud.)²⁰.

L'arbitre n'y bénéficie pas non plus d'une quelconque immunité personnelle, sa responsabilité contractuelle pouvant, en règle, être mise en cause par les parties à la sentence arbitrale, étant entendu toutefois qu'un simple « mal jugé » (une erreur de droit) ne peut pas être constitutive d'une faute dans son chef²¹.

En conclusion, l'arbitre dont la responsabilité serait mise en cause par l'une des parties suite à l'annulation ou au refus d'exequatur de sa sentence, dans l'hypothèse où un dommage subsisterait nonobstant (ou à raison de) cette annulation ou de ce refus²², dispose donc de deux planches de salut potentielles : une éventuelle clause de limitation de responsabilité contenue dans la convention d'arbitrage ou le règlement applicable²³, d'une part, et, comme le rappelle ici la Cour de cassation, la faculté qui lui est reconnue, d'autre part, de renverser, à la faveur de ce procès en responsabilité, la présomption réfragable de vérité judiciaire attachée aux motifs fondant la décision d'annulation ou de refus d'exequatur rendue à l'endroit de sa sentence.

Arnaud HOC
Professeur invité à l'UCLouvain
Avocat

12. En ce sens égal., Y. HERINCKX, « L'implication des arbitres dans les procédures judiciaires relatives à leurs sentences », *op. cit.*, p. 1209, n° 15.
13. Th. CLAY, « Le rôle de l'arbitre dans l'exécution de la sentence arbitrale », *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, vol. 20, 2009/1, p. 50, n° 15.
14. Voir les développements d'Y. HERINCKX, « L'implication des arbitres dans les procédures judiciaires relatives à leurs sentences », *op. cit.*, pp. 1206-1208, n° 10 et 11.
15. S. BESSON, « Role of Arbitrators and Arbitral Institutions in Subsequent Court Proceedings », in P. TERCIER (dir.), *Post Award Issues*, ASA Special Series, n° 38, New York, JurisNet, 2012, pp. 93-112, ici spéc. pp. 96 et s.; adde Th. CLAY, « Le rôle de l'arbitre dans l'exécution de la sentence arbitrale », *op. cit.*, p. 51, n° 20 et 21.
16. Quant au juge internationalement compétent pour connaître d'une telle action en responsabilité, voir P. HOLLANDER et M. MARTINS, « Quel tribunal (étatique) est compétent pour connaître d'une action en responsabilité dirigée contre un arbitre ? », note sous C.A. Paris, 22 juin 2021, *b-Arbitra*, 2022, pp. 158-175.
17. Voir p. ex., en droit anglais, l'article 29 de l'*Arbitration Act* : « *An arbitrator is not liable for anything done or omitted in the discharge or purported discharge of his functions as arbitrator unless the act or omission is shown to have been in bad faith* ».
18. S. BESSON, « Role of Arbitrators and Arbitral Institutions in Subsequent Court Proceedings », *op. cit.*, pp. 107 et s.

19. Ph. DE BOURNONVILLE, *L'arbitrage*, tiré à part du *Rép. not.*, t. XIII, 2017, Bruxelles, Larcier, p. 136, n° 158.
20. Sur ce mécanisme de renvoi, introduit par la loi du 24 juin 2013, voir O. CAPRASSE, « L'arbitrage », in G. DE LEVAL (dir.), *Droit judiciaire*, t. 2, vol. 3, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 321, n° 11.83.
21. Ph. DE BOURNONVILLE, *op. cit.*, p. 137, n° 159.
22. Pour une application, voir Bruxelles (1^{re} ch.), 28 novembre 2017, *b-Arbitra*, 2019, p. 217 et, en la même cause, Bruxelles (1^{re} ch.), 11 septembre 2018, *b-Arbitra*, 2019, p. 217, note L. DEMEYERE, « De aansprakelijkheid van de arbiter : welke lessen te trekken ? ».
23. Voir l'article 40 du Règlement CEPANI : « *1. Pour tout acte ou omission relatifs à leur activité juridictionnelle, les arbitres n'encourent aucune responsabilité, sauf en cas de dol. 2. Pour tout autre acte ou omission dans le cadre d'une procédure arbitrale, les arbitres, le CEPANI, ses membres et son personnel n'encourent aucune responsabilité, sauf en cas de dol ou de faute lourde* ». Voir aussi, conçue de manière extensive, l'immunité prévue à l'article 41 du Règlement CCI : « *Les arbitres, les personnes nommées par le tribunal arbitral, l'arbitre d'urgence, la Cour et ses membres, la CCI et son personnel, les comités nationaux et groupes de la CCI et leurs employés et représentants ne sont responsables envers quiconque d'aucun fait, d'aucun acte ou d'aucune omission en relation avec un arbitrage, sauf dans la mesure où une telle limitation de responsabilité est interdite par la loi applicable* ».