

L'arbitre doit-il rouvrir les débats lorsqu'il fait évoluer les moyens des parties ?

Auteur : Bronckaers, Laurent

Promoteur(s) : Caprasse, Olivier

Faculté : Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie

Diplôme : Master en droit à finalité spécialisée en droit des affaires (aspects belges, européens et internationaux)

Année académique : 2015-2016

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/1163>

Avertissement à l'attention des usagers :

Tous les documents placés en accès ouvert sur le site le site MatheO sont protégés par le droit d'auteur. Conformément aux principes énoncés par la "Budapest Open Access Initiative"(BOAI, 2002), l'utilisateur du site peut lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces documents, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale (ou prévue par la réglementation relative au droit d'auteur). Toute utilisation du document à des fins commerciales est strictement interdite.

Par ailleurs, l'utilisateur s'engage à respecter les droits moraux de l'auteur, principalement le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit de paternité et ce dans toute utilisation que l'utilisateur entreprend. Ainsi, à titre d'exemple, lorsqu'il reproduira un document par extrait ou dans son intégralité, l'utilisateur citera de manière complète les sources telles que mentionnées ci-dessus. Toute utilisation non explicitement autorisée ci-avant (telle que par exemple, la modification du document ou son résumé) nécessite l'autorisation préalable et expresse des auteurs ou de leurs ayants droit.

L'arbitre doit-il rouvrir les débats lorsqu'il fait évoluer les moyens des parties ?

Laurent BRONCKAERS

Travail de fin d'études

Master en droit à finalité spécialisée en droit des affaires

Année académique 2015-2016

Recherche menée sous la direction de :

Monsieur Olivier CAPRASSE

Professeur ordinaire

Résumé

L'évolution de l'office du juge vers un rôle plus actif a fait surgir de nouvelles questions. La Cour de cassation, en tranchant en faveur d'une conception factuelle de la cause et de l'objet de la demande, a muni le juge d'un grand pouvoir d'intervention d'office. Désormais, le juge est celui qui requalifie un contrat, substitue une base légale par une autre, va rechercher des faits qui n'ont pas été spécialement invoqués par les parties à l'appui de leurs prétentions mais qui se trouvent dans le dossier.

En exerçant ce rôle actif, le juge qui fait évoluer les moyens des parties risque de les surprendre. Surgit dès lors un nouveau problème avec les droits de la défense et le principe du contradictoire : le juge qui soulève d'office un moyen de fait ou de droit, grâce au nouveau rôle actif qui lui a été conféré, doit-il rouvrir les débats ?

Généralement, il est conseillé au juge de revenir devant les parties pour soumettre ce moyen nouveau à la discussion de celles-ci. Cette réouverture des débats rallonge la procédure et en augmente le coût. Cependant, de nouveaux principes directeurs du procès civil ont fait leur apparition tel que le principe de célérité qui encourage à économiser du temps, de l'argent et oeuvre pour une simplification des règles de procédure.

C'est dans ce mouvement d'économie de la procédure que s'inscrit le présent travail. Nous allons voir que le juge est dispensé de rouvrir les débats lorsqu'il soulève d'office un motif surabondant au regard du dispositif ou lorsque, conformément à l'arrêt *Bunge* du 24 novembre 1978 de la Cour de cassation, les parties ne qualifient juridiquement pas les faits sur lesquels elles basent leurs prétentions ou encore, en vertu de la théorie du moyen nécessairement dans la cause, lorsqu'il vérifie d'office les conditions d'application de la règle de droit invoquée et débattue par les parties. Concernant cette dernière théorie du moyen nécessairement dans la cause, au vu de la jurisprudence de la Cour de cassation, il est difficile d'en délimiter le champs d'application : certains veulent l'étendre à d'autres hypothèses, à l'instar des conclusions de l'avocat général Vandewal, tandis que d'autres sont plus prudents et veulent en limiter l'application.

Ces raisonnements valent aussi pour l'arbitre étant donné que le principe du contradictoire s'applique également à la procédure arbitrale non seulement par le libellé de diverses dispositions tant nationales qu'internationales, mais aussi par le fait que l'arbitre exerce une mission analogue au juge : la mission de trancher le litige qui lui est soumis.

Il semble que face à ces incertitudes ainsi que du manque de lisibilité et de théorisation de la problématique, le juge ou l'arbitre optera pour la réouverture des débats non seulement par prudence mais aussi par le désir d'obtenir des informations supplémentaires nécessaires à la rédaction du meilleur jugement possible. Le contradictoire n'ayant pas seulement pour objectif d'éviter la surprise des parties mais aussi pour but de récolter des informations supplémentaires.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	5
CHAPITRE I : Considérations générales sur les droits de la défense et le principe du contradictoire	7
A) Le rôle actif du juge	7
1) <i>Le principe du dispositif</i>	<i>7</i>
2) <i>La conception factuelle de la cause.....</i>	<i>7</i>
3) <i>La conception factuelle de l'objet.....</i>	<i>8</i>
4) <i>L'accord procédural explicite</i>	<i>9</i>
B) Les droits de la défense et le principe du contradictoire	10
1) <i>Définitions</i>	<i>10</i>
2) <i>Le principe du contradictoire face au nouveau principe directeur du procès : la célérité.....</i>	<i>11</i>
3) <i>La conception matérielle et finaliste du contradictoire</i>	<i>13</i>
4) <i>La théorie du moyen (nécessairement) dans la cause</i>	<i>14</i>
C) Le principe du contradictoire s'applique-t-il à la procédure arbitrale ?	15
1) <i>La liberté encadrée de la procédure arbitrale</i>	<i>15</i>
2) <i>Reconnaissance universelle du principe du contradictoire.....</i>	<i>17</i>
3) <i>La violation des droits de la défense comme cause d'annulation des sentences arbitrales</i>	<i>18</i>
4) <i>Le caractère intrinsèquement contradictoire de la procédure arbitrale et son origine conventionnelle.....</i>	<i>19</i>
CHAPITRE II : Les contours du principe du contradictoire et son application effective	21
a) Le rôle du juge et le respect du contradictoire en cas de prétentions dépourvues de fondement juridique.....	21

b)	Les faits tirés du dossier ou les faits adventices	22
1)	<i>Le juge a la faculté de relever les moyens mélangés de fait et de droit.....</i>	<i>22</i>
2)	<i>Rejet de la théorie du moyen dans la cause : arrêt du 28 mai 2009 de la Cour de cassation et conclusions conformes de l'avocat général Henkes.....</i>	<i>23</i>
c)	La vérification spontanée des conditions d'application de la règle de droit invoquée et débattue par les parties	25
d)	La requalification d'office des faits invoqués par les parties	25
1)	<i>Le juge a l'obligation de soulever les moyens de pur droit.....</i>	<i>25</i>
2)	<i>Rejet de la théorie du moyen dans la cause : arrêt du 22 mars 2012 et conclusions contraires de l'avocat général Vandewal</i>	<i>27</i>
e)	Le relevé d'office d'un moyen de procédure.....	29
1)	<i>Les moyens de procédure que le juge doit soulever d'office.....</i>	<i>29</i>
2)	<i>Les moyens de procédure que le juge ne peut pas soulever d'office</i>	<i>30</i>
3)	<i>Le juge doit-il rouvrir les débats lorsqu'il soulève d'office un moyen de procédure ?</i>	<i>30</i>
f)	Le relevé d'office d'un moyen de droit autre qu'une requalification ..	31
1)	<i>Les moyens appelant la discussion des parties.....</i>	<i>31</i>
2)	<i>Les moyens dans la cause n'appelant pas de nouvelle discussion des parties...</i>	<i>31</i>
CONCLUSION		33

INTRODUCTION

Est-il nécessaire de rouvrir les débats ? Voici la question qui nous tiendra tout au long de ce travail. Cette question est d'autant plus pertinente que l'on dote le juge moderne d'un rôle actif. En effet, l'office du juge a considérablement changé depuis l'entrée en vigueur du Code judiciaire de 1967 et des commentaires du Commissaire Royal Charles Van Reepinghen. Le législateur, en ne fixant pas les rôles des parties et du juge dans une loi, a laissé le soin à la jurisprudence d'en faire évoluer les contours. Afin d'arriver à cette conception moderne de l'office du juge, la Cour de cassation a notamment dû trancher deux grandes controverses qui avaient jusque là divisé la doctrine pendant de nombreuses années.

En règle générale, il est enseigné que le juge doit respecter le principe du dispositif en ne modifiant ni la cause ni l'objet de la demande. Il faut donc savoir ce que nous entendons par cause et objet de la demande : est-ce que l'on retient une conception juridique ou factuelle de la cause et de l'objet ? La réponse à cette question est d'une importance capitale car elle influencera considérablement le rôle du juge dans la conduite de l'instance ainsi que dans l'application du droit au fait. La Cour de cassation a finalement retenu une conception factuelle aussi bien pour la cause que pour l'objet de la demande et a de la sorte doté le juge d'un grand pouvoir d'intervention d'office. Désormais, le juge est celui qui réoriente les débats d'une disposition juridique à une autre, qui requalifie un contrat ou encore celui qui va rechercher dans le dossier des faits que les parties n'avaient pas invoqués...

Face aux initiatives d'un juge actif, les parties peuvent être surprises et voir leurs droits à la défense lésés. Au plus le juge intervient, au plus son obligation de respecter la contradiction augmentera. Le plus souvent, en vue de respecter les droits de la défense dont le principe du contradictoire découle, il est conseillé aux juges d'être prudents et de rouvrir les débats. La réouverture des débats permet en effet de soumettre à la contradiction des parties le moyen de droit ou de fait que le juge soulève d'office. Ceci engendre toutefois certains inconvénients tels que le rallongement de la procédure et l'augmentation de son coût.

L'apparition de nouveaux principes directeurs du procès civil tels que le principe de célérité viennent bousculer les mentalités et les comportements des acteurs judiciaires. En effet, le concept d'économie de la procédure qui émane du principe de célérité pousse à adapter les règles de procédure dans le sens d'une simplification de celles-ci ainsi qu'une réduction du temps et de l'argent nécessaires à la réalisation de la justice. Cette tendance à économiser temps et argent ne s'applique pas seulement aux procédures étatiques mais aussi aux procédures arbitrales. Nous pouvons même dire que cela est encore plus important pour l'arbitrage car il est souvent plus onéreux de recourir à des arbitres que d'aller devant le juge étatique. D'où l'intérêt de limiter le temps de travail de ceux-ci afin d'en réduire le coût.

La question de la réouverture des débats a également une grande incidence pratique, particulièrement dans l'arbitrage international où l'on retrouve des parties de différentes

nationalités. Prenons l'exemple d'une partie originaire du Brésil, doit-elle spécialement revenir à une nouvelle audience pour discuter du moyen nouveau que l'arbitre entend soulever ? N'existent-ils pas des hypothèses qui échapperaient à cette réouverture des débats ? C'est ce que nous proposons d'analyser dans les lignes qui suivent.

Le présent travail est structuré comme suit. Dans le premier chapitre, nous commencerons par délimiter le rôle du juge et des parties dans la conduite de l'instance et de l'application du droit au fait. Nous verrons ensuite ce que le respect des droits de la défense et du principe du contradictoire implique. Nous terminerons le chapitre par la question de savoir si le principe du contradictoire s'applique également à la procédure arbitrale.

Dans le deuxième chapitre, nous ferons d'abord la distinction entre les moyens que le juge doit soulever d'office et ceux qu'il a simplement la faculté de soulever. Après cela, nous tenterons de distinguer les hypothèses qui doivent être soumises aux exigences du contradictoire de celles qui ne nécessitent pas la réouverture des débats.

CHAPITRE I : Considérations générales sur les droits de la défense et le principe du contradictoire

A) Le rôle actif du juge

1) Le principe du dispositif

Comme le relève le professeur Van Compernelle, le Code judiciaire ne dit mot sur le rôle du juge et des parties dans la délimitation de la matière litigieuse, ni même sur une autre notion fondamentale qui est l'application du droit aux faits par celles-ci ou encore sur la manière dont se déroule l'instance¹. Il faut donc aller consulter la doctrine et la jurisprudence sur ce point pour obtenir des réponses. En effet, la Cour de cassation joue un rôle majeur dans la délimitation des pouvoirs respectifs du juge et des parties. Il est à noter aussi que le Code de procédure civile français se différencie par rapport au Code judiciaire belge en ce qu'il comporte un chapitre intitulé « *Les principes directeurs du procès* » et plus particulièrement les articles 7 et 12 qui fixent les rôles du juge et des parties.

Traditionnellement, et notamment sous l'influence des rapports du Commissaire royal Van Reepinghen², l'on a longtemps enseigné que le procès est la « *chose des parties* », qu'elles en avaient la libre disposition, confinant de ce fait le juge dans un rôle passif. Les parties étant libres d'une part, d'introduire ou non une action en justice et d'autre part, de fixer le cadre du litige en ce qui concerne les parties, l'objet et la cause³. Le juge ne pouvant pas soulever une contestation à laquelle les parties n'avaient pas pensé. Cette conception classique allant de pair avec le caractère accusatoire de la procédure est désormais révolue et a laissé place à une conception moderne de l'office du juge qui joue un rôle actif tant dans le déroulement de l'instance que dans l'application de la règle de droit. Pour en arriver là, la Cour de cassation a dû trancher en faveur d'une conception purement factuelle de l'objet et de la cause de la demande.

2) La conception factuelle de la cause

Rappelons qu'une controverse a longtemps divisé la doctrine sur la question de savoir si la cause de la demande était simplement composée des faits apportés par les parties ou si elle s'étendait à la qualification juridique donnée à ces faits. C'est finalement la conception factuelle de la cause qui a été consacrée par un arrêt du 14 avril 2005 de la Cour de cassation,

¹ VAN COMPERNELLE J., « Principes directeurs du procès civil » in *Droit judiciaire, Tome II, Manuel de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 23

² VAN REEPINGHEN C., « Rapport sur la réforme judiciaire », Bruxelles, éd. du Moniteur belge, 1964, p. 246

³ BOULARBAH H., *Droit du procès civil, Syllabus à destination des étudiants de 3ème bachelier en droit*, Tome I, Université de Liège, Faculté de droit, 2012-2013

en ce sens que « *le juge est tenu de trancher le litige conformément à la règle de droit qui lui est applicable ; qu'il a l'obligation, en respectant les droits de la défense, de relever d'office les moyens de droit dont l'application est commandée par les faits spécialement invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions*⁴ ». Ceci implique que la cause de la demande est uniquement composée des faits allégués par les parties, peu importe la qualification juridique donnée par celles-ci. Par conséquent, il appartient au juge de soulever les moyens de droit - qu'ils soient d'ordre public, impératifs ou même supplétifs - qui commandent les faits de la cause, sans être lié par la qualification juridique donnée par les parties. Cet arrêt est très important car si la Cour de cassation avait retenu une conception juridique de la cause, le juge aurait été tenu par la qualification juridique des parties, même si celle-ci est inexacte. Cette conception factuelle de la cause confère donc au juge un grand pouvoir d'intervention d'office en ce sens qu'il est libre de tirer du dossier des moyens de fait et de droit sur lesquels les parties ne se seraient pas fondées⁵. Cependant, le juge ne peut pas utiliser ses connaissances personnelles pour trancher le litige⁶; il sera par contre habilité à trancher le litige sur la base de faits notoires ou d'expériences communes⁷, même si ceux-ci ne se trouvent pas dans le dossier qui lui est soumis. Un autre arrêt de la Cour de cassation rendu le 2 avril 2010 oblige également le juge de donner aux prétentions formulées par le demandeur leur qualification juridique exacte. Cet enseignement a été repris et consolidé dans un nouvel arrêt du 14 décembre 2012. Nous pouvons aussi avancer le fait qu'au vu des deux arrêts précités, la Cour de cassation reconnaît la distinction entre faits spécialement invoqués et faits adventices. Cette distinction influence la question de savoir si le juge a l'obligation ou la faculté de relever un moyen. Nous reviendrons sur ce point au chapitre II.

3) La conception factuelle de l'objet

L'objet de la demande est définie par l'article 23 du Code judiciaire comme la chose demandée, c'est-à-dire le but recherché par le demandeur. Le juge ne peut pas modifier l'objet de la demande et veillera également à ne pas statuer *ultra* ou *extra petita*, c'est-à-dire qu'il ne peut pas accorder plus que ce qui est demandé ou se prononcer sur des choses non demandées (article 1138,2° du Code judiciaire). Les parties sont donc libres d'introduire une action en justice et de sélectionner les prétentions qu'elles veulent voir reconnaître par une décision judiciaire. Par exemple, le juge ne pourrait pas accorder l'exécution provisoire alors que celle-

⁴ Cass., 14 avril 2005, n° C.03.0148.F

⁵ GREGOIRE M., « Géométrie de l'instance », note sous Cass., 24 mars 2006, R.C.J.B., 2008, p. 62

⁶ VAN DROOGHENBROECK J-F., « Le juge, les parties, le fait et le droit », in *Les actualités en droit judiciaire*, C.U.P., Bruxelles, Larcier, p.157

⁷ *Ibidem*, p. 159

ci n'a pas été demandée⁸ ou encore se prononcer sur une astreinte alors qu'elle n'a pas été sollicitée⁹. Survient dès lors la question de savoir si le juge peut qualifier ou requalifier l'objet de la demande malgré l'interdiction de statuer *ultra* et *extra petita*. En d'autres termes, l'habillage juridique donné par le demandeur à sa prétention se confond-il avec l'objet de la demande ? La Cour de cassation a longtemps défendu une conception juridique de l'objet de la demande; par un arrêt du 23 octobre 2006, celle-ci opéra cependant un revirement de jurisprudence en retenant une conception purement factuelle de l'objet. Le juge ne doit tenir compte que du résultat recherché - l'avantage moral, économique ou social¹⁰ - par les parties quelle que soit la qualification qu'elles aient pu donner. La Cour avait décidé dans l'affaire qui lui avait été soumise que le juge pouvait requalifier une demande en paiement d'arriérés de rémunération en dommages-intérêts pour non-paiement de rémunération¹¹. L'intérêt de cette requalification résidait dans le fait que la partie demanderesse avait pu bénéficier d'un délai de prescription plus long. Ceci montre clairement que la Cour abandonne la conception juridique au profit de la conception factuelle de l'objet. Ce changement de cap a été confirmé par un second arrêt du 22 janvier 2007 ainsi que d'un troisième arrêt rendu le 20 avril 2009 et enfin par un quatrième arrêt du 10 février 2014.

Au vu de ces développements, nous pouvons dire qu'il faut distinguer le fait et le droit pour répartir les rôles entre les parties et le juge. Les parties ayant la maîtrise des faits et le juge ayant la maîtrise du droit, ce que résume parfaitement les adages « *Da mihi factum, dabo tibi ius* » (Donne moi les faits, je te dirai le droit) et « *Iura novit curia* » (La cour connaît le droit).

4) L'accord procédural explicite

Comme nous venons de l'expliquer, le juge actif est celui qui réoriente les débats, requalifie une convention ou encore découvre dans le dossier des faits non invoqués par les parties. Il y a cependant une limite : sous réserve de l'ordre public, les parties peuvent s'entendre en vue de lier le juge sur des points de droit ou de fait, mais à la condition que cela résulte d'un accord procédural explicite¹². Par exemple, le juge ne pourrait donner une autre interprétation aux correspondances échangées lorsque les parties se sont accordées sur leur portée¹³. Il faut tout de suite préciser que ce n'est pas parce que les parties se taisent sur l'application d'une

⁸ BOULARBAH H., « De la suppression par le juge d'appel de l'exécution provisoire accordée par le premier juge », J.J.P., 2007, p. 76

⁹ VAN COMPERNOLLE J. et DE LEVAL G., *L'astreinte*, 3e édition, Bruxelles, Larcier, 2013, n° 26 et s.

¹⁰ DE LEVAL G., *Eléments de procédure civile*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, n°18

¹¹ KEFER F. « La rémunération du salarié : où il est question d'objet et de cause de la demande, de prescription et de réparation en nature du dommage », R.C.J.B., 2008, p.187

¹² GREGOIRE M., « La géométrie de l'instance », *op.cit.*, p. 63

¹³ Cass., 18 avril 2005, n° S.04.0174.F

disposition légale qu'elles y renoncent. La Cour de cassation rejette l'accord tacite et exige un accord explicite¹⁴.

Cependant, le juge ne sera pas lié par un accord qui aurait pour but d'exclure l'application d'une règle d'ordre public. Si le juge n'écarte pas un tel accord, il faudra faire la distinction entre l'ordre public matériel et l'ordre public procédural : en vertu de la théorie du moyen renégat, les parties ne pourront revenir sur l'accord qui porte sur des règles d'ordre public procédural¹⁵. Cette théorie est de nature à renforcer la loyauté des débats et sanctionne donc la partie malhonnête qui revient sur un accord conclu avec l'autre partie¹⁶. Nous reviendrons sur cette distinction entre l'ordre public matériel et l'ordre public procédural au chapitre II.

B) Les droits de la défense et le principe du contradictoire

1) Définitions

Nous n'allons pas analyser toutes les applications des droits de la défense mais seulement nous concentrer sur le principe du contradictoire. En effet, le principe des droits de la défense est plus large que le principe du contradictoire, en ce sens que les droits de la défense englobent le principe du contradictoire mais ne se limitent pas à ce dernier¹⁷. Comme l'explique très clairement le professeur Jean-François Van Drooghenbroeck : « *le principe du contradictoire s'analyse comme une conséquence du principe prescrivant le respect des droits de la défense, tandis que ce dernier principe connaît d'autres applications, non moins cruciales, que la règle de la contradiction des débats*¹⁸ » ; il cite également quelques auteurs français qui proposent de ranger dans les droits de la défense, outre le principe du contradictoire, l'impartialité du juge, la loyauté des débats, le principe de publicité des débats, l'obligation de motivation des décisions...

¹⁴ VAN DROOGHENBROECK J-F., note sous Cass., 9 mai 2008, J.T., 2008, p. 724

¹⁵ GERARD P., BOULARBAH H. et VAN DROOGHENBROECK J-F., « Pourvoi en cassation en matière civile », R.P.D.B., Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 183 et s.

¹⁶ VAN DROOGHENBROECK J-F., « La loyauté des débats au-dessus de l'ordre public : l'irrecevabilité du moyen renégat devant la Cour de cassation de Belgique », in Mélanges Serge Guinchard, Paris, Dalloz, 2010, p. 425 et s.

¹⁷ GUINCHARD S., CHAINAIS C. et FERRAND FR., *Procédure civile*, 31^e édition, Paris, Dalloz, 2012, p. 545 et s.

¹⁸ VAN DROOGHENBROECK J-F., « Faire l'économie de la contradiction », note sous Cass., 29 septembre 2011, R.C.J.B., 2013

De même, selon la Cour de cassation belge, il n'existe pas de principe général du contradictoire qui se distinguerait du principe général du droit relatif au respect des droits de la défense¹⁹.

Puisque le principe du contradictoire est un des éléments du procès équitable, il bénéficie également de la protection de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'article 6, paragraphe 1er, de la Convention européenne des droits de l'homme consacre le droit à tout justiciable d'un examen de sa cause par des juges indépendants et impartiaux ainsi que de la possibilité de discuter de toute pièce ou moyen qui serait susceptible d'influencer la décision du juge²⁰.

En ce qui concerne le principe du contradictoire proprement dit, celui-ci est notamment défini par une jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme en ce qu'il « implique, en principe, la faculté pour les parties à un procès, pénal ou civil, de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentées au juge, même par un magistrat indépendant, en vue d'influencer sa décision, et de la discuter²¹ ».

L'article 16 du Code de procédure civile français se situant dans le chapitre premier relatif aux principes directeurs du procès définit également la matière du contradictoire : « Le juge, doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations ».

Cette obligation de respecter le contradictoire vaut non seulement pour les parties mais aussi pour le juge.

2) Le principe du contradictoire face au nouveau principe directeur du procès : la célérité

Vu que l'on dote le juge d'un rôle actif dans la conduite de l'instance, ses initiatives peuvent surprendre les parties. Au plus ses initiatives sont nombreuses, au plus sa « dette de contradiction s'amplifie²² ». En effet, si l'on dote le juge d'une obligation ou d'une faculté de relever des moyens de fait ou de droit, celui-ci devra les soumettre aux parties afin de respecter les droits de la défense. En principe, le respect de ces droits se fera par la réouverture des débats de sorte que les parties aient la possibilité de discuter des éléments qui

¹⁹ Cass., 7 novembre 2012, n° P.12.1711.F

²⁰ GREGOIRE M., « La géométrie de l'instance », *op.cit.*, p. 62

²¹ VAN DROOGHENBROECK S., La Convention européenne des droits de l'homme - Trois années de jurisprudence. 1999-2001, coll. Les Dossiers du Journal des Tribunaux, Bruxelles, Larcier, 2003, n°137

²² VAN DROOGHENBROECK J-F., « Faire l'économie de la contradiction », *op.cit.*, p. 207

vont influencer la décision du juge. Toutefois, la réouverture des débats implique un rallongement et une augmentation du coût de la procédure. Ceci peut entrer en conflit avec le nouveau principe directeur du procès qui est la célérité²³. L'exigence de célérité oeuvre pour une simplification et une accélération des procédures et s'oppose donc à des procédures trop longues et à toutes lenteurs injustifiées²⁴.

C'est ainsi que, dans cette optique, le législateur a notamment adopté la loi du 26 avril 2007 modifiant le Code judiciaire qui a pour objectif de lutter contre l'arriéré judiciaire, ainsi qu'une loi du 16 juillet 2012 qui simplifie les règles qui gouvernent le procès civil. La loi du 26 avril 2007 propose des alternatives à la classique réouverture des débats : l'audience interactive et la réouverture des débats écrits. Ces alternatives tout en permettant d'éviter de rouvrir les débats, garantissent le respect des droits de la défense.

L'audience interactive se caractérise par le fait que le juge étudie à l'avance le dossier et pose des questions à l'audience sur le moyen qu'il entend soulever d'office²⁵. Ce mécanisme est prévu à l'article 756ter du Code judiciaire qui a été inséré par cette loi du 26 avril 2007 et propose donc de remplacer la tenue des plaidoiries²⁶. En effet, si le juge interpelle les parties lors de l'audience sur les moyens qu'il entend soulever d'office, il ne devra plus rouvrir les débats par la suite étant donné que les parties en auront déjà discuté. Ceci est notamment encouragé par l'article 756 du Code judiciaire qui prévoit que « *les pièces sont déposées au greffe quinze jours au moins avant l'audience fixée pour les plaidoiries* ». Le professeur Jean-François Van Drooghenbroeck exprime néanmoins quelques réserves à ce sujet en disant qu'il ne faut pas que cela devienne un simulacre de contradictoire, lorsque que le juge invite les parties à discuter d'un moyen sans leur avoir laissé le temps de se préparer²⁷. En vue de respecter l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, le juge serait donc obligé d'envoyer aux parties avant l'audience le moyen qu'il entend soulever d'office, ce qui réduirait l'économie de temps par rapport à une réouverture des débats²⁸.

Une autre solution est de recourir aux notes en délibéré et à la réouverture des débats par écrit. Cela suppose de remplacer l'oralité des débats par l'échange de notes entre parties. Cette pratique a été consacrée par l'article 775, alinéa 1er du Code judiciaire. Il faut tout de suite préciser qu'en ce qui concerne la procédure orale, celle-ci est devenue l'exception en arbitrage par suite de la réforme de 2013. En effet, l'ancien article 1694, paragraphe 2 du

²³ ALLEMEERSCH B., *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007 p. 617

²⁴ VAN COMPERNOLLE J. « Le principe de célérité » in *Droit judiciaire, Tome II, Manuel de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 54

²⁵ DE LEVAL G., « Introduction générale et état des lieux », in *Mieux conclure, mieux plaider, mieux juger*, Bruxelles, Larcier, 2009, p.18

²⁶ CRIEL S., « Heeft het pleidooi nog nut in burgerlijke zaken ? », in *Beter concluderen, beter pleiten, beter vonnissen*, Gand, Larcier, 2009, p. 189

²⁷ VAN DROOGHENBROECK J-F., « Faire l'économie de la contradiction », *op.cit.*, p. 244

²⁸ *Ibidem*

Code judiciaire, qui prévoyait le principe de l'oralité des débats et la possibilité par les parties d'y renoncer par convention, a été remplacé par l'article 1705, paragraphe premier du Code judiciaire, qui lui s'inspire de l'article 24, paragraphe premier de la loi type de la CNUDCI, et pose comme principe la procédure écrite. Désormais, le principe est la procédure écrite, mais si une partie en fait la demande, les arbitres sont tenus d'organiser une procédure orale²⁹.

Ce principe de célérité n'est pas un domaine réservé au législateur mais se concrétise aussi dans la notion d'économie de la procédure qui a été notamment définie par Kris Wagner qui la décrit comme une notion à caractère normatif qui pousse à changer les mentalités et les comportements ainsi qu'à adapter les règles de procédure de sorte que celles-ci soient le plus efficace possible³⁰. Selon Beatrijs Deconinck, l'économie du procès consiste à essayer de trouver des solutions afin que la procédure judiciaire se déroule de la manière la plus rapide, économe et simple qu'il soit³¹. Il faut donc arriver à une décision finale tout en ne consommant qu'un minimum de temps, d'argent et de travail. Ceci s'applique non seulement au juge mais aussi aux parties et à leurs conseils. C'est dans cette optique d'économie de la procédure qu'intervient la question de la réouverture des débats, car il est évident que la réouverture des débats non seulement ralentit la procédure mais en augmente aussi le coût, ainsi que le temps nécessaire à la réalisation de la justice.

3) La conception matérielle et finaliste du contradictoire

Toujours dans le sens d'économie de procédure, une conception matérielle et finaliste a remplacé une conception formelle du contradictoire³².

La Cour européenne des droits de l'homme a longtemps appliqué une conception formelle du contradictoire en ce sens qu'il y avait violation du contradictoire même si les éléments soustraits à la contradiction n'apportaient rien de nouveau aux débats et laissant donc le soin aux parties de décider quels éléments devaient faire l'objet d'une discussion³³. Cette absence d'incidence ou d'influence pour apprécier la violation du contradictoire desservait bien évidemment l'économie de procédure. Toutefois, dans son arrêt *Verdu Verdu contre Espagne* du 15 février 2007, la Cour européenne des droits de l'homme opéra un revirement de

²⁹ Projet de loi modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, Rapport fait au nom de la Commission de la justice par M. Stefaan De Clerck, Doc.parl. Chambre 2012-13, n° 2743/3, p. 31.

³⁰ WAGNER K., *Sanctie in het burgerlijk procesrecht*, Anvers-Appeldoorn, Maklu, 2007, 76

³¹ DECONINCK B., « Actuele tendensen inzake proceseconomie : loyaal procederen in het civiele geding vanuit proceseconomisch perspectief » in *Actualia Vermogensrecht, Liber Amicorum Prof. Dr. Marcours*, Bruges, Die Keure, 2005, 727

³² VAN COMPERNOLLE J. et DE LEVAL G., « Pour une conception finaliste et fonctionnelle du formalisme procédural dans le procès civil », J.T., 2012, p. 512

³³ VAN DROOGHENBROECK S., La Convention européenne des droits de l'homme – Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. 2002-2004, *op.cit.*, p. 154.

jurisprudence en consacrant une conception matérielle et finaliste du contradictoire³⁴. Selon cette nouvelle conception, il n'y a violation du contradictoire que si l'irrégularité a influencé la décision et a causé un préjudice. Les retombées positives de cet enseignement sur l'économie de la contradiction ne sont pas des moindres. Voici quelques exemples de ces retombées positives lorsque le juge relève d'office un moyen : le professeur Van Drooghenbroeck a du mal à considérer que le justiciable puisse se plaindre du relevé *motu proprio* d'un élément de fait ou de droit favorable à ses revendications³⁵. Il n'y aurait pas non plus de problème lorsque le juge, tout en mentionnant qu'il n'y prête pas attention, écarte la pièce ou le moyen qui n'a pas été discuté par les parties³⁶. Nous reviendrons plus en détail dans le chapitre deux sur les hypothèses qui ne nécessitent pas la réouverture des débats et participent de ce fait à la célérité et l'économie de la procédure.

Selon le professeur Van Drooghenbroeck, cette nouvelle conception pourrait dispenser le juge ou l'arbitre de rouvrir les débats en cas de relevé d'office d'un motif surabondant au regard du dispositif³⁷ et souligne la parenté avec la jurisprudence de la Cour de cassation qui tient pour « *irrecevable, à défaut d'intérêt, le moyen qui ne critique que certains motifs de la décision attaquée, alors que le dispositif est légalement justifié par un autre motif* »³⁸.

4) La théorie du moyen (nécessairement) dans la cause

La théorie du moyen dans la cause s'inscrit également dans cette tendance d'assouplissement du contradictoire. Cette théorie aux origines françaises s'est développée par rapport à trois types de situations : la première étant la requalification juridique spontanée par le juge des faits spécialement invoqués par les parties, la deuxième étant la vérification *motu proprio* des conditions d'application de la règle de droit invoquée et débattue par les parties et la troisième étant le relevé d'office d'un fait tiré du dossier³⁹.

Selon Jean-François Van Drooghenbroeck, la Cour européenne des droits de l'homme a validé implicitement cette théorie dans son arrêt *Clinique des Acacias contre France* du 13 octobre 2005. En l'espèce, la Cour de cassation française avait repris dans son raisonnement la théorie du moyen dans la cause pour justifier l'absence du contradictoire. La Cour européenne des droits de l'homme condamna la Cour de cassation française pour avoir eu recours à cette

³⁴ BEERNAERT M-A. et KRENC F., « La Convention européenne des droits de l'homme à la recherche d'une conception pragmatique du procès équitable », in *Les droits de l'homme et l'efficacité de la justice*, Bruxelles, Larcier, 2010, p 217

³⁵ VAN DROOGHENBROECK J-F., « L'annulation de la sentence arbitrale pour violation des droits de la défense », in *L'arbitre et le juge étatique*, Bruxelles, Buylant, 2014, p. 379

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ VAN DROOGHENBROECK J-F., « Faire l'économie de la contradiction ? », *op.cit.*, p. 222

³⁸ GERARD P., BOULARBAH H. et VAN DROOGHENBROECK J-F., *Pourvoi en cassation en matière civile*, *op.cit.*, p. 168

³⁹ VAN DROOGHENBROECK J-F., « Faire l'économie de la contradiction ? », *op.cit.*, p. 223

théorie alors qu'au vu du déroulement du procès, le relevé d'office du moyen de droit s'éloignait trop de ce que pouvait prévoir les parties. Cependant, comme le souligne le professeur Van Drooghenbroeck, la Cour européenne des droits de l'homme ne condamne pas cette théorie de manière générale et abstraite, c'est seulement pour cette affaire qu'elle statue dans le sens d'une violation de l'article 6, paragraphe 1er de la Convention européenne des droits de l'homme. Donc, il pourrait y avoir des hypothèses où les parties ne seraient pas surprises lorsque le juge soulève d'office un moyen. Le Président de section à la Cour de cassation Albert Fettweis partage le même avis sur le discours nuancé de la Cour européenne des droits de l'homme après avoir étudié plusieurs de ses arrêts⁴⁰.

Au niveau belge, bien que notre Cour de cassation n'y recourt pas nommément, nous apercevons aisément qu'elle s'inspire de la théorie du moyen dans la cause. Cette théorie a notamment été implicitement reconnue dans un arrêt du 29 septembre 2011 de la Cour de cassation belge et prévoit que « *le principe général du droit relatif au respect des droits de la défense n'est pas violé lorsqu'un juge fonde sa décision sur des éléments dont les parties pouvaient s'attendre, vu le déroulement des débats, que le juge les inclurait dans son jugement et qu'elles ont pu contredire*⁴¹ ».

C'est dans cette optique d'économie de procédure et d'exigence de célérité que nous allons essayer de recenser les situations qui ne nécessitent pas automatiquement une réouverture des débats. En effet, toute initiative du juge qui s'écarte légèrement des éléments discutés par les parties n'est pas toujours de nature à les surprendre⁴². Selon Georges de Leval, les droits de la défense doivent servir de granit et ne pas devenir un alibi⁴³.

C) Le principe du contradictoire s'applique-t-il à la procédure arbitrale ?

1) La liberté encadrée de la procédure arbitrale

« *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*⁴⁴ ». Le principe

⁴⁰ FETTWEIS A., « La fin de non-recevoir au moyen, soulevé d'office par la Cour de cassation, et le principe du contradictoire », in *Liber sept et amicitiae Ivan Verougstraete*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 185

⁴¹ Cass., 29 septembre 2011, n° C.10.0349.N

⁴² VAN DROOGHENBROECK J-F., « Le juge, les parties, le fait et le droit », *op.cit.*, p. 201

⁴³ DE LEVAL G., « Les droits de la défense en droit judiciaire privé : granit ou alibi ? », Les droits de la défense du colloque « Jacques Henry » organisé par la Conférence libre du Jeune barreau de Liège le 28 mars 1997, Liège, Jeune barreau, 1997, p. 181 et s.

⁴⁴ FOUSSARD D., note sous Cass., 7 janvier 1999, Rev. Arb., 1999, p. 283

des droits de la défense s'applique non seulement aux procédures étatiques mais aussi aux procédures arbitrales⁴⁵. Bien que les parties disposent en vertu de l'article 1700 du Code judiciaire d'une grande liberté pour fixer elles-mêmes les règles applicables à la procédure, celles-ci ne peuvent, par convention, écarter les droits de la défense. En effet, l'article 1699 du Code judiciaire vient limiter cette liberté en précisant que les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et qu'il n'est pas possible de déroger à l'obligation de donner à chaque partie la possibilité de faire valoir ses droits, moyens et arguments dans le respect du contradictoire. Ces limitations s'imposent même si les parties ont conféré aux arbitres des pouvoirs d'amiable compositeur⁴⁶.

Quand bien même les parties auraient décidé de recourir à un arbitrage institutionnel, ce n'est pas pour autant que l'application du Code judiciaire s'en retrouverait exclu⁴⁷. Si le tribunal arbitral a son siège en Belgique, les arbitres doivent respecter les normes d'ordre public et impératives de la sixième partie du Code judiciaire. C'est notamment le cas pour l'article 1699 du Code judiciaire, dont le libellé ne laisse place à aucun doute : « *Nonobstant toute convention contraire, les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits, moyens et arguments dans le respect du contradictoire...* ». Et pour ce qui ne serait pas réglé par le règlement de l'institution, la sixième partie du Code judiciaire s'applique à titre supplétif conformément à l'article 1676, paragraphe 7 du Code judiciaire.

Nous rejoignons donc les propos du professeur Charles Jarrosson qui limitent la liberté des parties étant donné que l'arbitre est investi d'un pouvoir juridictionnel tout comme le juge étatique, il a le devoir de respecter ce qui est en fait l'essence, c'est-à-dire qu'il doit veiller au respect des droits de la défense et du principe du contradictoire car ils font naturellement partie de la fonction de juger⁴⁸.

Pour rappel, il y a une controverse sur l'applicabilité de l'article 6, paragraphe premier de la Convention européenne des droits de l'homme à l'arbitrage : certains estiment que la Convention s'applique à l'arbitrage parce qu'il est d'essence de tout pouvoir juridictionnel de respecter les droits de la défense⁴⁹, tandis que d'autres considèrent que la Convention ne s'y applique pas. A supposer que la Convention européenne des droits de l'homme ne s'applique pas à la procédure arbitrale, celle-ci doit être respectée par les juges étatiques qui sont appelés

⁴⁵ HANOTIAU B. « Le principe du contradictoire devant les tribunaux arbitraux », note sous Bruxelles, 25 septembre 1997, J.T., 1998, p. 312 et s.

⁴⁶ KEUTGEN G., DAL G-A., *L'arbitrage en droit belge et international*, 2e édition, Tome I, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 308

⁴⁷ MATRAY D. et MATRAY G., « La conduite de la procédure arbitrale sous l'empire du nouveau droit belge de l'arbitrage », b-Arbitra 1/2014, p. 97

⁴⁸ JARROSSON C., note sous CA Paris, 19 mai 1998, Rev. Arb., 1999, p. 601

⁴⁹ KOHL A., « Arbitrage et production de documents. Du droit à la preuve dans la procédure arbitrale de droit interne » in *Liber Amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 317

à contrôler a posteriori la régularité de la sentence arbitrale⁵⁰. L'on considère également que les droits de la défense font partie de l'ordre public international⁵¹.

Une autre illustration que les droits de la défense s'appliquent aussi à la procédure arbitrale et qui en même temps résume bien le principe du contradictoire est l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 14 juin 2007 : « *le principe de la contradiction permet d'assurer la loyauté des débats et le caractère équitable du procès en empêchant notamment qu'une décision soit rendue sans que chaque partie ait été en mesure de faire valoir ses prétentions de fait et de droit, de connaître les prétentions de son adversaire et de les discuter, ou qu'une écriture ou document n'ait été porté à la connaissance du tribunal arbitral sans être également communiqué à l'autre partie, et à ce qu'aucun moyen de fait ou de droit ne soit soulevé d'office sans que les parties aient été appelées à le commenter*⁵² ».

2) Reconnaissance universelle du principe du contradictoire

La violation des droits de la défense entraîne l'annulation de la sentence arbitrale en vertu de l'article 1717, paragraphe 3 du Code judiciaire. Ce principe est universellement reconnu⁵³. L'article 18 de la loi type CNUDCI prévoit l'égalité des parties et la possibilité pour chacune d'elles de faire valoir ses droits. Dans le même sens, l'article V de la Convention de New-York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères prévoit que la reconnaissance de la sentence pourra être refusée si une partie apporte la preuve qu'il ne lui a pas été possible de faire valoir ses moyens. En France, l'article 1492 du Code de procédure civile français prévoit un recours en annulation de la sentence si celle-ci n'a pas respecté le principe du contradictoire. En Suisse, l'article 190 de la loi fédérale sur le droit international privé prévoit également l'annulation en cas de non respect des droits de la défense. La violation des droits de la défense comme cause d'annulation des sentences arbitrales est universellement reconnue et est souvent invoquée par la partie voulant obtenir l'annulation ou s'opposer à l'exequatur d'une sentence arbitrale⁵⁴.

Cependant, il faut préciser que le contrôle opéré par le juge étatique lors d'un recours en annulation ou d'un refus d'exequatur est limité en ce sens qu'il ne s'agit pas d'une révision du fond de l'affaire⁵⁵. Seules les quelques causes limitativement énumérées pourront entraîner

⁵⁰ BOULARBAH H., « Ouvertures à cassation des décisions judiciaires et causes d'annulation des sentences arbitrales : Brèves comparaisons sur le contrôle des deux catégories d'actes juridictionnels » in *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 78

⁵¹ HANOTIAU B. et CAPRASSE O., « Les droits de la défense dans la procédure arbitrale », note sous Cass., 25 mai 2007, R.C.J.B., 2010, p. 468

⁵² Paris, 14 juin 2007, *Rev.Arb.*, 2007, p. 644

⁵³ HANOTIAU B. et CAPRASSE O., « Les droits de la défense dans la procédure arbitrale », *op.cit.*, p. 455

⁵⁴ *Ibidem*

⁵⁵ CAPRASSE O., « L'arbitrage et la médiation », in *Droit judiciaire, Tome II, Manuel de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 1420

l'annulation ou le refus d'exequatur de la sentence arbitrale. Cela signifie donc qu'une sentence ne pourra pas être annulée si l'arbitre retient une qualification erronée des faits ou s'il oublie de relever un moyen non invoqué par les parties⁵⁶. Les parties insisteront donc plus sur le respect du contradictoire dans les procédures arbitrales que sur le relevé d'office de certains moyens par les arbitres sauf exception d'ordre public comme le droit de la concurrence⁵⁷. Bien que le principe du contradictoire soit universellement reconnu, le professeur Kessedjian souligne le fait que son contenu est national et variera d'un pays à l'autre⁵⁸.

3) La violation des droits de la défense comme cause d'annulation des sentences arbitrales

Avant la réforme de 2013, c'était l'ancien article 1704, alinéa 2, g) du Code judiciaire qui s'appliquait. Cet article n'exigeait pas de démontrer que la violation des droits de la défense avait eu une incidence sur la sentence arbitrale. Un arrêt du 25 mai 2007 de la Cour de cassation avait confirmé qu'il y avait deux causes de nullités distinctes⁵⁹ : la violation des droits de la défense ne nécessitait pas de prouver d'incidence sur la sentence, tandis que la seconde cause d'annulation pour les autres règles impératives de la procédure arbitrale nécessitait la preuve d'une influence sur la sentence. Cette situation avait été critiquée par les professeurs Olivier Caprasse et Bernard Hanotiau en précisant que « *les arbitres doivent donc se voir reconnaître un pouvoir d'appréciation dans la conduite de la procédure, laquelle ne doit pas être - loin s'en faut - une copie de la procédure étatique, étant entendu qu'en bout de course, ce qui compte, c'est que les parties aient joui de « the opportunity to be heard at a meaningful time and in a meaningful manner*⁶⁰ ». Il faut donc plus de souplesse devant les arbitres que devant les tribunaux étatiques concernant les droits de la défense.

La loi du 24 juin 2013 a modifié le régime d'annulation des sentences arbitrales. C'est désormais l'article 1717, paragraphe 3, a), (ii) du Code judiciaire qui règle l'annulation des sentences. Le législateur a voulu supprimer les cas d'annulation pour vices purement formels⁶¹ et condamne de ce fait l'enseignement de l'arrêt du 25 mai 2007 de la Cour de cassation. Ceci est de nature à favoriser l'efficacité des sentences arbitrales et participe à la prise en compte des principes nouveaux d'économie, de célérité et de loyauté de la

⁵⁶ MATRAY D. et MATRAY G., « La conduite de la procédure arbitrale sous l'empire du nouveau droit belge de l'arbitrage », *op.cit.*, p. 95 et s.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 96

⁵⁸ KESSEDJIAN C., « Principe de la contradiction et arbitrage », *Rev. Arb.*, 1995, p. 387

⁵⁹ Cass., 25 mai 2007, n° C.04.0281.N

⁶⁰ HANOTIAU B. et CAPRASSE O., « Les droits de la défense dans la procédure arbitrale », *op.cit.*, p. 445

⁶¹ Projet de loi modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, Exposé des motifs, Doc.parl. Chambre 2012-13, n° 53-2743/1, p. 41.

procédure⁶². En effet, l'annulation ne se justifie plus si l'irrégularité n'a pas eu d'influence sur la sentence. Le problème est qu'il est parfois difficile de savoir si la violation a eu une influence ou non sur la sentence.

Ce souci de préserver la rapidité de la procédure arbitrale se manifeste également dans différents choix posés par le législateur. A titre d'exemple, nous pouvons citer que l'appel de la sentence arbitrale n'est possible que si les parties l'ont prévu⁶³ ainsi que la possibilité pour les parties n'ayant aucun lien avec la Belgique d'exclure le recours en annulation⁶⁴. Toujours dans cette optique de rapidité, le tribunal arbitral peut poursuivre sa mission même si une procédure en récusation est pendante devant le tribunal de première instance⁶⁵ ou encore la décision du législateur de ne retenir qu'un seul degré de juridiction pour le recours en annulation⁶⁶. En ce qui concerne le coût de la procédure arbitrale, le législateur a consacré à l'article 1713, paragraphe 6 du Code judiciaire le principe de répétibilité totale des frais d'arbitrage. Dans le même sens, les parties peuvent épargner de l'argent car il n'y a pas de droits d'enregistrement pour les sentences arbitrales sauf si elles en demandent l'exequatur⁶⁷.

4) Le caractère intrinsèquement contradictoire de la procédure arbitrale et son origine conventionnelle

En ce qui concerne l'audience arbitrale, la partie qui n'assisterait pas à une audience ne pourrait pas se plaindre de ne pas avoir eu l'occasion de présenter ses moyens si elle a été régulièrement convoquée à l'audience. En effet, le défaut n'existe pas en arbitrage, cela s'explique par le fait que la procédure arbitrale a une origine conventionnelle qui est la convention d'arbitrage⁶⁸. La procédure arbitrale peut continuer même si une partie n'y participe pas ou n'y participe plus, à moins que celle-ci n'apporte la preuve d'un empêchement légitime. Ceci était déjà prévu dans l'ancien article 1695 du Code judiciaire, qui a été remplacé par l'article 1706 du Code judiciaire. Ce nouvel article, ayant pour but de favoriser l'efficacité de la procédure arbitrale sans toutefois négliger les droits de la défense, est plus précis que l'ancien quant à la suite à réserver en cas de défaut : il opère une distinction entre l'hypothèse où c'est le demandeur qui fait défaut et l'hypothèse où c'est le

⁶² VAN DROOGHENBROECK J-F., « L'interdiction d'abjurer en cassation, même au nom de l'ordre public », note sous Cass., 31 janvier 2008, R.C.J.B., 2008, p. 558 et s.

⁶³ Article 1716 du Code judiciaire

⁶⁴ Article 1718 du Code judiciaire

⁶⁵ Article 1687, paragraphe 2, b) du Code judiciaire

⁶⁶ Article 1680, paragraphe 5 du Code judiciaire

⁶⁷ HERINCKX Y., « Droit d'enregistrement et sentences arbitrales », *b-Arbitra*, 2013, p. 275

⁶⁸ HANOTIAU B. et CAPRASSE O., « Les droits de la défense dans la procédure arbitrale », *op.cit.*, p. 463

défendeur qui fait défaut⁶⁹. Si c'est le demandeur qui fait défaut, les arbitres mettent fin à la procédure arbitrale. Si c'est la défendeur qui ne se présente pas, le tribunal arbitral poursuit la procédure mais ne peut pas déduire de l'absence du défendeur l'acceptation par celui-ci des allégations dirigées contre lui. Enfin, une dernière hypothèse est réglée par l'article 1706 du Code judiciaire : dans le cas où une des parties ne produit pas de documents, les arbitres pourront poursuivre leur mission et statuer sur les éléments dont ils disposent.

La réforme de 2013 a également apporté plus de clarté et de cohérence quant à l'empêchement légitime. L'ancien article 1695 du Code judiciaire offrait la possibilité au tribunal arbitral de poursuivre la procédure et de statuer lorsqu'une des parties régulièrement convoquée faisait défaut ou ne proposait pas ses moyens dans les temps. Cependant, l'article 1695 prévoyait une exception qui était l'empêchement légitime. Le nouvel article 1706 du Code judiciaire conserve le principe et précise l'exception⁷⁰ : les arbitres peuvent continuer l'instruction dossier et statuer à la condition que la partie défaillante n'ait pas invoqué d'empêchement légitime. Celle-ci devra donc se manifester et se justifier en temps utile. Ceci rejoint l'énoncé de l'article 1679 du Code judiciaire qui prévoit qu'« *une partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir* ».

⁶⁹ Projet de loi modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, Exposé des motifs, Doc.parl. Chambre 2012-13, n° 53-2743/1, p. 32

⁷⁰ MATRAY D. et MATRAY G. « La conduite de l'instance arbitrale sous l'empire du nouveau droit belge de l'arbitrage », *op.cit.*, p. 115

CHAPITRE II : Les contours du principe du contradictoire et son application effective

Dans ce chapitre, nous allons essayer de distinguer les hypothèses qui appellent une réouverture des débats de celles qui ne nécessitent pas de retourner devant les parties. Les avis divergent en fonction des auteurs. Certains sont plus prudents et veulent éviter de surprendre les parties⁷¹. D'autres, au contraire, comme le Professeur Kirkpatrick, veulent limiter les cas où le juge doit rouvrir les débats⁷². Cette incertitude se rencontre également dans la jurisprudence. Afin de mettre de l'ordre dans ce domaine si difficile à théoriser, nous avons repris en partie les classifications utilisées par le professeur Van Drooghenbroeck dans sa thèse de doctorat⁷³.

a) Le rôle du juge et le respect du contradictoire en cas de prétentions dépourvues de fondement juridique

C'est l'hypothèse dans laquelle le demandeur n'avance que des faits à l'appui de sa prétention sans les qualifier juridiquement.

Le premier arrêt qui vient clarifier cette situation est l'arrêt *Bunge* du 24 novembre 1978 de la Cour de cassation⁷⁴. Celle-ci a dû se prononcer sur le fait de savoir si la partie demanderesse était obligée, sous peine de nullité de sa citation, de qualifier juridiquement les faits. La Cour répond que le demandeur n'est pas obligé de fonder sa demande juridiquement et qu'elle entend par le terme moyen que les éléments de fait qui servent à fonder la demande.

Un deuxième arrêt de la Cour de cassation du 16 février 2007 vient confirmer de manière implicite cet enseignement, en ce sens que le juge saisi de faits sans coloration juridique doit rechercher les qualifications juridiques et les fondements légaux qui s'appliquent aux faits.

La question qui surgit dès lors est de savoir si le juge, qui d'office qualifie juridiquement les prétentions du demandeur constituées uniquement de faits, doit respecter les droits de la défense et donc réouvrir les débats ?

La Cour dans son arrêt du 16 février 2007 répond que non mais le juge devra veiller à ne pas modifier ni l'objet ni la cause de la demande.

⁷¹ LEONARD D., « La distinction entre le motif et le moyen, invoqués d'office par le juge du point de vue des droits de la défense d'après la jurisprudence de la cour de cassation », in *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 510

⁷² KIRKPATRICK J., « Un principe général du droit plus fort que la loi : le respect du droit de défense en cas de décision judiciaire fondée sur un moyen pris d'office » in *Importa lex, Liber amicorum Marchal*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 281

⁷³ VAN DROOGHENBROECK J-F., *Cassation et juridiction : Iura dicit curia*, Bruxelles, Bruylant, 2004

⁷⁴ VAN COMPERNOLLE J., « L'office du juge et le fondement du litige », R.C.J.B., 1982, p. 5

Un arrêt du 15 février 2008 de la Cour de cassation vient également consolider cet enseignement en précisant que le juge qui ne soumet pas à la discussion des parties la qualification juridique qu'il donne aux faits dépourvus de fondement juridique, ne viole pas les droits de la défense.

Le professeur Van Drooghenbroeck approuve totalement cette vision du contradictoire et est convaincu que ces arrêts rencontrent les exigences de l'économie de la procédure et de célérité du procès⁷⁵. Selon lui, le respect des droits de la défense n'a pour objectif que d'éviter de surprendre les parties lorsque que le juge prend des initiatives. Les parties qui ne qualifient pas juridiquement leur demande ne peuvent donc pas être surprises car elles s'attendent justement à ce que le juge le fasse pour elles. Il souligne que cela peut être considéré comme une sanction indirecte vu que l'article 744, alinéa 2 du Code judiciaire inséré par la loi du 26 avril 2007 modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l'arriéré judiciaire, prévoit que les conclusions doivent contenir les moyens de fait et de droit sur lesquels les parties fondent leurs prétentions, bien que cela n'entraîne pas la nullité ou le rejet des conclusions. Il conclut par le fait que les parties renoncent en quelque sorte à la contradiction des débats car les garanties du procès équitable peuvent faire l'objet d'une renonciation⁷⁶.

L'avocat général André Henkes précise dans ses conclusions que cette dispense de réouverture des débats ne vaut que pour les faits spécialement invoqués par les parties et non pour les faits adventices⁷⁷. Pour les faits adventices le juge sera donc obligé de retourner devant les parties puisqu'elles n'ont pas eu l'occasion de les qualifier.

Cela étant, soulignons tout de même que le défendeur pourrait être désavantagé par cette manière de procéder car il n'aurait pas eu l'occasion de discuter du moyen soulevé d'office à cause de la négligence du demandeur.

b) Les faits tirés du dossier ou les faits adventices

1) Le juge a la faculté de relever les moyens mélangés de fait et de droit

Avant de nous engager dans le raisonnement de savoir si le juge doit rouvrir les débats lorsqu'il soulève d'office un fait tiré du dossier, nous devons d'abord définir et distinguer

⁷⁵ VAN DROOGHENBROECK J-F., « Faire l'économie de la contradiction ? », *op.cit.*, p. 215

⁷⁶ FRUMER P., *La renonciation aux droits et libertés - La CEDH à l'épreuve individuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2001

⁷⁷ Cass., 28 mai 2009, n° C.06.0248.F et concl. av. gén. A. Henkes

deux concepts : les faits spécialement invoqués et les faits adventices. La différence se situe avant tout dans « *l'intensité de la présentation des faits par les parties*⁷⁸ ».

Les faits spécialement invoqués sont les faits qui sont mobilisés par les parties devant le juge pour soutenir leur argumentation juridique et sur lesquels les parties insistent. Elles insistent non seulement sur l'existence mais aussi sur l'incidence de ces faits et veulent donc attirer l'attention sur ceux-ci. « *Invoquer un fait, c'est l'incorporer au raisonnement destiné à convaincre; c'est le désigner comme élément indispensable de la démonstration. En un mot, c'est en faire le socle d'un moyen*⁷⁹ ». Cela implique que le juge doit appliquer la règle juridique idoine en relevant un moyen dit de pur droit⁸⁰.

Quant aux faits adventices, ce sont ceux qui ont été allégués mais qui n'ont pas été utilisés dans le raisonnement juridique. Les parties n'ont fait que signaler leur existence. Ce sont des faits qui résultent des écrits de procédure, des pièces du dossier, des documents d'instruction⁸¹ et qui sont rentrés dans le débat « *de manière indirecte, accidentelle et gratuite*⁸² ». Par rapport à ces faits tirés du dossier, le juge a la faculté de les soulever d'office. On parlera alors de moyens dit mélangés de fait et de droit⁸³.

2) Rejet de la théorie du moyen dans la cause : arrêt du 28 mai 2009 de la Cour de cassation et conclusions conformes de l'avocat général Henkes

Dès lors surgit la question de savoir si le juge doit retourner devant les parties lorsqu'il soulève spontanément un fait qui n'a pas été invoqué par les parties dans leur argumentation juridique mais qu'il a tiré du dossier pour fonder sa décision ?

« Ces « faits adventices » sont bien « dans le débat » mais n'ont pas fait l'objet « d'un débat »... (ils) n'ont pas fait l'objet d'une discussion spécifique entre parties avant que le juge arrête sur eux son regard et les « tire du dossier »⁸⁴ ».

Nous avons déjà relevé plus haut lors de la distinction entre les faits spécialement invoqués et les faits tirés du dossier, que le juge a la faculté, mais non l'obligation, de soulever des moyens mélangés de fait et de droit.

⁷⁸ VAN DROOGHENBROECK J-F., « La théorie de la cause en voie de dénouement », J.T., 2005, p. 161.

⁷⁹ VAN DROOGHENBROECK J-F., « Chronique de l'office du juge », J.L.M.B., 2013, p. 1311

⁸⁰ VAN DROOGHENBROECK J-F., « Chronique de l'office du juge », *op.cit.*, p. 1310

⁸¹ VAN COMPERNOLLE J., « La cause de la demande: une clarification décisive », note sous Cass., 14 avril 2005, J.T., 2005, p. 659

⁸² VAN DROOGHENBROECK J-F., « Une parfaite définition de l'office du juge », J.L.M.B., 2010

⁸³ DE LEVAL G., *Éléments de procédure civile*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, p. 38

⁸⁴ VAN DROOGHENBROECK J-F., « Faire l'économie de la contradiction », *op.cit.*, p. 226

Pendant de nombreuses années, la Cour de cassation a considéré que cette hypothèse ne nécessitait pas de respecter le contradictoire⁸⁵.

Par un arrêt du 15 mai 2003, la Cour rompit avec cette jurisprudence bien établie et opéra un net revirement. En résumant très fortement l'affaire, le juge avait soulevé une clause du contrat pour rejeter les prétentions de la partie demanderesse alors que le défendeur ne s'était pas prévalu de cette clause pour contester les revendications dirigées contre lui. De plus, le juge n'avait pas rouvert les débats pour soumettre ce moyen relevé d'office à la discussion des parties. La Cour cassa l'arrêt en question au motif que cela était de nature à surprendre les parties.

Mais trois ans plus tard, la Cour revint sur sa jurisprudence par un arrêt du 24 mars 2006 et renoua avec son ancienne jurisprudence qui prévoyait la soustraction de cette hypothèse aux exigences du contradictoire. Cependant, ce changement de cap ne fut pas le dernier et par un arrêt du 28 mai 2009, la Cour opéra un nouveau revirement et soumit de manière claire le relevé d'office d'un fait tiré du dossier à la discussion des parties. Ce dernier arrêt rejette de manière implicite la théorie du moyen nécessairement dans la cause et s'aligne sur la jurisprudence de la Cour de cassation de France qui oblige le juge de revenir devant les parties lorsqu'il soulève un fait adventice⁸⁶.

Dans ses conclusions, l'avocat général André Henkes avait plaidé pour la soumission de cette hypothèse aux exigences du contradictoire car cela est de nature à surprendre les parties⁸⁷. Il avait notamment avancé que si les parties n'avaient pas insisté sur tel fait, c'est peut être en vertu d'un accord procédural entre elles pour ne saisir le juge que de certains points du litige. Donc si le juge s'empare des faits exclus par les parties, il risque de violer le principe du dispositif. Les professeurs De Leval et Van Drooghenbroeck sont sur la même longueur d'onde et sont satisfaits de ce dernier arrêt. Selon ce dernier, les faits tirés du dossier nécessitent peut-être des éclaircissements ou encore de nouveaux développements que seules les parties sont capables de fournir⁸⁸. Il souligne également que l'arrêt de 2009 reflète parfaitement les nouveaux enseignements de la conception pragmatique du contradictoire en ce sens que le juge doit uniquement respecter la contradiction lorsqu'il introduit dans le débat un élément neuf qui est de nature à surprendre les parties et à influencer sa décision finale. Mais il précise également que, grâce à la loi du 26 avril 2007 modifiant le Code judiciaire, la contradiction du fait relevé d'office par le juge ne se fera pas nécessairement par la

⁸⁵ GEORGES F. et CAPRASSE O., « Responsabilité du gérant et pouvoir de représentation d'une société dissoute: deux opportunités de réflexion sur l'office du juge », obs. sous Comm. Bruxelles, 30 novembre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 725

⁸⁶ BOLARD G., « Les faits tirés du dossier », in *Justice et droits fondamentaux, Mélanges Jacques Normand*, Paris, 2003, p. 44

⁸⁷ Cass., 28 mai 2009, n° C.06.0248.F, conclu. Av. gén. HENKES

⁸⁸ VAN DROOGHENBROECK J-F., « Les faits tirés du dossier... dans le respect effectif du contradictoire », obs. sous Cass., 28 mai 2009, J.T., 2009, p. 556 et s.

réouverture des débats mais pourra se faire par une audience interactive ou par une réouverture des débats par écrit⁸⁹.

c) La vérification spontanée des conditions d'application de la règle de droit invoquée et débattue par les parties

La jurisprudence de la Cour de cassation est constante par rapport à ce point et a toujours soustrait cette hypothèse aux exigences du contradictoire. Le juge qui vérifie spontanément les conditions d'application de la règle débattue par les parties et qui rejette la demande d'une des parties car l'une des conditions n'est pas remplie, n'est pas obligé de rouvrir les débats. L'exemple qui revient le plus fréquemment pour illustrer ces propos est le cas du juge qui rejette la responsabilité aquilienne car il constate d'office que lien causal entre la faute et le dommage fait défaut⁹⁰. Pour cette hypothèse, il est permis de croire que la Cour de cassation fait sienne la théorie du moyen dans la cause bien qu'elle n'utilise pas cette formulation pour se justifier. Un lien est à faire avec l'arrêt du 20 octobre 1983 qui dit que « *lorsqu'une partie soutient qu'elle n'a que des obligations contractuelles, elle entend implicitement se prévaloir de toutes les règles spécifiques de la responsabilité contractuelle; le juge qui applique l'une de ces règles statue sur un élément soumis à la contradiction des parties et ne viole pas les droits de la défense*⁹¹ ».

d) La requalification d'office des faits invoqués par les parties

1) Le juge a l'obligation de soulever les moyens de pur droit

Par son arrêt du 14 avril 2005, la Cour de cassation consacre l'obligation du juge d'appliquer la règle de droit commandée par les faits spécialement invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions. Ceci découle du fait que le juge n'est plus lié par les qualifications juridiques données par les parties. Cette obligation vaut non seulement pour les normes d'ordre public et impératives, mais aussi pour les normes supplétives⁹².

Quant à la différence entre normes d'ordre public, normes impératives ou normes supplétives : en règle générale, le juge doit soulever d'office les dispositions d'ordre public et

⁸⁹ VAN DROOGHENBROECK J-F., « Faire l'économie de la contradiction », *op.cit.*, p. 230

⁹⁰ Cass., 12 octobre 2006, n° C.04.0481.F

⁹¹ Cass., 20 octobre 1983, n° 6839; 6908; 6909

⁹² PARMENTIER C., « Comprendre la technique de cassation », J.L.M.B., Bruxelles, Larcier, 2011

impératives. Celles-ci peuvent être invoquées pour la première fois devant la Cour de cassation et par conséquent entraîner la cassation du jugement ou de l'arrêt qui ne les respecterait pas⁹³. Plus particulièrement, en ce qui concerne les règles impératives qui ne sont pas invoquées par les parties, le juge ne doit pas rester inactif et doit porter à l'attention des parties qu'une règle de ce genre est applicable au litige afin de s'assurer que la partie protégée y renonce⁹⁴. En effet, les dispositions impératives protègent des intérêts privés, mais sont susceptibles d'une renonciation par la partie protégée après la naissance du litige. Cette renonciation est interprétée strictement et ne peut résulter du fait que la partie s'abstient de les invoquer⁹⁵.

Cependant, nous pouvons constater un affaiblissement dans la distinction classique entre les règles d'ordre public et les règles d'ordre privé⁹⁶. En effet, la distinction se situe désormais entre les moyens de pur droit et les moyens mélangés de fait et de droit. Lorsque le juge est confronté à des faits spécialement invoqués par les parties, il a l'obligation de soulever les moyens de droit qu'ils soient d'ordre public, impératifs ou simplement supplétifs⁹⁷. Tandis que pour les faits simplement allégués, il a la faculté et non l'obligation de soulever certains moyens même si ceux-ci sont d'ordre public. Cela se ressent également au niveau de la recevabilité des moyens de fond invoqués pour la première fois devant la Cour de cassation⁹⁸ : la Cour déclare recevable « *bien que non soumis au juge du fond, le moyen de pur droit ne nécessitant aucune constatation ni appréciation de faits qui n'aient été invoqués ni envisagés devant le juge du fond dans leurs rapports avec la demande* » tandis qu'elle tient pour irrecevable et rejette le moyen mélangé de fait et de droit « *qui rend nécessaire la vérification d'éléments de fait n'ayant été ni discutés devant le juge ni constatés par lui*⁹⁹ ».

Au vu de la jurisprudence de la Cour, cela n'a plus beaucoup d'importance que la norme soit d'ordre public ou non. Ce qui importe désormais, c'est la distinction entre les moyens de pur droit et les moyens mélangés de fait et de droit¹⁰⁰. Le moyen de pur droit - qu'il soit issu d'une disposition d'ordre public, impérative ou supplétive - sera recevable¹⁰¹, tandis que le

⁹³ Cass., 16 avril 2010, n° C.09.0418.F

⁹⁴ MEEUS A., « La notion de loi impérative et son incidence sur la procédure en cassation et sur l'office du juge », note sous Cass., 17 mars 1986, R.C.J.B., 1988, p. 495

⁹⁵ MEEUS A., *op.cit.*, p. 496

⁹⁶ VAN DROOGHENBROECK J-F., *Cassation et juridiction Iura dicit curia*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 790

⁹⁷ BOULARBAH H., « La cause. Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits et la détermination de la norme juridique applicable à la solution du litige », in *Le rôle respectif du juge et des parties dans le procès civil*, Bruxelles, Bruylant-Kluwer, 1999, p. 145.

⁹⁸ MARQUET C., « Les défenses en droit judiciaire : vers un ordre public procédural » in *Les défenses en droit judiciaire*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 21 et s.

⁹⁹ Cass., 16 septembre 2004, n° F.03.0049.F ; F.03.0062.F

¹⁰⁰ GREGOIRE M., « L'ordre public dans la jurisprudence de la Cour de cassation » in *L'ordre public : concept et applications*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 76

¹⁰¹ Cass., 18 février 2008, n° C.05.0391.F

moyen mélangé de fait et de droit même s'il provient d'une disposition d'ordre public sera quant à lui déclaré irrecevable¹⁰². Ceci amène le professeur Van Drooghenbroeck à dire que le moyen d'ordre public est « *un moyen comme un autre*¹⁰³ ».

2) Rejet de la théorie du moyen dans la cause : arrêt du 22 mars 2012 et conclusions contraires de l'avocat général Vandewal

Quant à la question de savoir si le juge doit respecter le principe du contradictoire lorsqu'il requalifie juridiquement la prétention des parties, nous constatons que la Cour de cassation a une jurisprudence constante et solide en faveur de la soumission de cette hypothèse aux exigences du contradictoire. Il a été jugé que le juge violait les droits de la défense lorsqu'il appliquait la loi Breyne au lieu du régime juridique du mandat qui avait été invoqué par les parties¹⁰⁴, ou lorsqu'il retient la responsabilité aquilienne alors que la demande était fondée sur l'obligation contractuelle¹⁰⁵ ou encore lorsqu'il requalifie la demande des parties fondée sur le régime du contrat d'entreprise en mandat¹⁰⁶. Dans tous les cas où le juge entend substituer une base légale par une autre, il devra retourner devant les parties afin d'éviter de les surprendre.

Dans un arrêt du 22 mars 2012, la Cour de cassation rejette une nouvelle fois l'application de la théorie du moyen dans la cause à l'hypothèse de la requalification d'office des faits spécialement invoqués par les parties. En l'espèce, les parties étaient liées par un contrat de management et avaient qualifié une clause de leur contrat, qui prévoyait une indemnité, de clause pénale au sens de 1226 du Code civil. Toute la discussion s'était donc déroulée sur cet article et la modération de la clause pénale. Le juge décida cependant de requalifier d'office cette clause en « *une compensation stipulée à titre de contrepartie du droit de résilier la convention avant l'expiration des trois ans* », sans soumettre son initiative à la contradiction des parties.

La Cour de cassation ne suivit pas les conclusions de son avocat général Vandewal et cassa l'arrêt pour violation des droits de la défense. L'avocat général avait repris dans ses conclusions la solution donnée dans l'arrêt du 24 mars 2006, même si celle-ci concernait le moyen mélangé de fait et de droit, ainsi que l'enseignement de l'arrêt du 29 septembre 2011 qui consacre implicitement la théorie du moyen dans la cause¹⁰⁷, et était d'avis que cela était

¹⁰² Cass., 9 novembre 2007, n° C.07.0093.F

¹⁰³ VAN DROOGHENBROECK J-F., « Le nouveau droit judiciaire, en principes », in *Le droit judiciaire en mutation : hommage à Alphonse Kohl*, CUP, Anthémis, 2007, p. 229

¹⁰⁴ Cass., 22 mai 1998, n° C.97.0110.F

¹⁰⁵ Cass., 11 juin 1992, n° 9281

¹⁰⁶ Cass., 26 juin 1995, n° C.94.0255.N

¹⁰⁷ Cass. 29 septembre 2011, n° C.10.0349.N

également applicable à cette hypothèse. Selon lui, les juges n'avaient pas déjoué les prévisions des parties et celles-ci pouvaient, au vu de la nature du litige et du déroulement du débat, raisonnablement prévoir la requalification de la clause. Les parties n'ont effectivement pas débattu de la requalification, mais elles ont eu la possibilité de le faire. A cette fin, il cite également le professeur Allemeersch et son concept de l'attente objective ou encore dénommé critère de prévisibilité : « *Als partijen zich hadden kunnen verwachten aan een bepaald middel maar nagelaten hebben daarover argumenten uit te wisselen, dan is er geen aanleiding tot een heropening van de debatten. Enige objectivering is hier aan de orde; het gaat er niet zozeer om dat de betrokken partij zich effectief verwachtte aan de ambtshalve aanvulling, maar eerder dat zij geacht mag worden zich daaraan te verwachten. Achter dit concept van objectieve verwachting schuilt (opnieuw) een doelgebonden analyse van de tegensprekelijkheidsnorm. Dat doel bestaat erin te beletten dat de partijen verrast worden door een bepaald element, door hun gelegenheid te geven zich daarover uit te spreken*¹⁰⁸ ».

L'avocat général Vandewal prétend donc qu'on peut appliquer et adapter ce critère de prévisibilité à cette affaire au motif que les parties ne peuvent être surprises lorsque le juge retient dans sa décision des éléments bien précis qui sont revenus plusieurs fois devant lui et dont les parties ont eu la possibilité de discuter mais n'en ont pas saisis l'opportunité¹⁰⁹.

Le professeur Van Drooghenbroeck quant à lui est d'accord avec la position de la Cour de cassation. En effet, il est d'avis que « *quoiqu'ayant porté sur la même stipulation contractuelle et la même disposition légale, le débat n'avait pas raisonnablement préparé les parties à voir requalifier la première d'une manière telle que l'application de la seconde s'en trouverait écartée*¹¹⁰ ». Il distingue clairement les deux hypothèses que l'avocat général Vandewal voulait rapprocher et soumettre à la théorie du moyen dans la cause. D'une part, il est normal selon lui que les parties soient surprises lorsque le juge requalifie juridiquement les faits ou les actes invoqués par celles-ci. D'autre part, il est raisonnable d'appliquer la théorie du moyen dans la cause à l'hypothèse de la vérification d'office des conditions d'application d'une disposition déjà débattue¹¹¹. Il reconnaît toutefois la difficulté de délimiter cette théorie et son caractère subjectif quant à la question de savoir si le relevé d'office d'un moyen est de nature à surprendre les parties.

¹⁰⁸ ALLEMEERSCH B., *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, op.cit., 308

¹⁰⁹ Cass., 22 mars 2012, n° C.11.0551.N, concl. Av. gén. VANDEWAL

¹¹⁰ VAN DROOGHENBROECK J-F., « Faire l'économie de la contradiction ? », op.cit., p. 233

¹¹¹ VAN DROOGHENBROECK J-F., « Faire l'économie de la contradiction », op.cit., p. 232

e) Le relevé d'office d'un moyen de procédure

A la différence de l'ordre public matériel, la distinction entre moyen d'ordre public et moyen d'ordre privé conserve son importance dans l'ordre public procédural¹¹². En effet, cette distinction classique sert à distinguer les cas où le juge est obligé de soulever le moyen de procédure des cas où le juge ne peut pas soulever d'office le moyen de procédure. Toutefois, nous verrons qu'il y a certaines exceptions à ce principe. L'ordre public procédural se définit « *comme le noyau dur du droit processuel. Il comprend ainsi l'ensemble des règles de procédure relatives aux aspects de l'administration de la justice qui transcendent les intérêts particuliers, et dont la violation perturberait à ce point l'organisation judiciaire que leur application s'impose au juge*¹¹³ ». Au vu de l'importance de ces règles, celles-ci bénéficient d'un régime particulier afin d'assurer le bon déroulement de la procédure¹¹⁴. Charlotte Marquet propose de ranger dans cette catégorie, le principe du contradictoire, la loyauté des débats et l'économie de procédure¹¹⁵.

1) Les moyens de procédure que le juge doit soulever d'office

En principe, le juge doit soulever d'office le moyen issu de l'ordre public procédural. Ceci constitue une dérogation au principe du dispositif qui est justifié par le fait que ces règles sont essentielles et que le juge risque de se faire casser par la Cour de cassation¹¹⁶. Dans cette catégorie, on peut citer les règles de formes et de délais, les règles de compétences exclusives, les règles de compétences d'attribution des juridictions, certaines règles de compétence territoriale, les règles qui garantissent les droits de la défense, les règles de renonciation à certaines actions¹¹⁷...

Cependant, l'on constate que même dans la catégorie des règles d'ordre public, certains moyens n'entraînent pas une obligation du juge de les soulever d'office. Ceux-ci sont appelés moyens de procédure « *hybrides*¹¹⁸ ». La jurisprudence n'est pas très claire quant à la question de savoir ce que recoupe cette notion. Dans un premier temps, la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt faisait partie de cette catégorie spécifique des moyens hybrides, en ce sens que la Cour de cassation rejetait ce moyen de procédure qui était invoqué pour la première

¹¹² MARQUET C., « Les défenses en droit judiciaire : vers un ordre public procédural » in *Les défenses en droit judiciaire*, Bruxelles, Larcier, 2010, p.40

¹¹³ MARQUET C., « Les défenses en droit judiciaire : vers un ordre public procédural », *op.cit.*, p.42

¹¹⁴ BLOCK G., « Les fins de non-recevoir en procédure civile », Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 364

¹¹⁵ MARQUET C., « les défenses en droit judiciaire : vers un ordre public procédural », *op.cit.*, p. 42

¹¹⁶ BLOCK G., « Les fins de non-recevoir en procédure civile », *op.cit.*, p. 353

¹¹⁷ MARQUET C., « Les défenses en droit judiciaire : vers un ordre public procédural », *op.cit.*, p.42

¹¹⁸ BLOCK G., *op.cit.*, p. 350

fois devant elle car le juge du fond n'avait pas l'obligation de soulever d'office ce moyen¹¹⁹. Mais dans un arrêt du 22 février 2007, la Cour de cassation fait basculer la fin de non-recevoir dans les règles d'ordre public et lui enlève donc son caractère hybride¹²⁰.

L'article 568, alinéa 2, du Code judiciaire constitue également une dérogation au principe, en ce sens que le tribunal de première instance ne peut pas décliner d'office sa compétence bien qu'il s'agisse d'un moyen de procédure d'ordre public.

2) Les moyens de procédure que le juge ne peut pas soulever d'office

En principe, le juge ne peut pas soulever d'office les moyens de procédures issus des dispositions d'ordre privé car il risque de se faire casser par la Cour de cassation¹²¹. Ceci vaut également pour les fins de non-recevoir comme le défaut de qualité et l'exception de chose jugée. La justification réside dans le respect du principe du dispositif et dans le fait que le législateur veut éviter des discussions inutiles à propos de droits dont les parties sont libres d'invoquer ou non¹²². Il y a toutefois des exceptions à ce principe. Dans certaines hypothèses, le juge a la faculté ou l'obligation de relever d'office un moyen de procédure d'ordre privé. D'une part, le Code judiciaire oblige le juge à soulever d'office l'exception de litispendance prévue à l'article 565 du même code ou encore de soulever l'exception de la tardiveté des conclusions conformément à l'article 748 du Code judiciaire. D'autre part, le Code judiciaire offre la possibilité au juge de soulever dans certaines hypothèses l'exception de connexité¹²³.

3) Le juge doit-il rouvrir les débats lorsqu'il soulève d'office un moyen de procédure ?

L'article 744, alinéa 2 du Code judiciaire prévoit que le juge doit rouvrir les débats lorsqu'il entend rejeter totalement ou partiellement la demande sur une exception que les parties n'avaient pas invoquée devant lui. Cela a le mérite d'être clair et sert également de fondement à une jurisprudence constante de la Cour de cassation sur ce point¹²⁴. On constate que la Cour

¹¹⁹ DU CASTILLON L., « Le rôle du juge par rapport aux exceptions, nullités et fins de non-recevoir dans l'instance contradictoire » in *Le rôle respectif du juge et des parties dans le procès civil*, Bruxelles, Kluwer-Bruylant, 1999, p.166

¹²⁰ VAN DROOGHENBROECK J-F., « Le défaut d'intérêt : une fin de non-recevoir hybride », notes sous Cass., 22 février 2007, J.T., 2007, p. 482

¹²¹ BLOCK G., *op.cit.*, p. 354

¹²² MARQUET C., *op.cit.*, p.40

¹²³ Article 566 et 856, alinéa 2 du Code judiciaire

¹²⁴ DU CASTILLON L., *op.cit.*, p. 170

soumet aux exigences du contradictoire le relevé d'office de l'irrecevabilité d'un appel¹²⁵ ou d'une opposition¹²⁶, d'une exception d'incompétence, de nullité ou de prescription¹²⁷...

f) Le relevé d'office d'un moyen de droit autre qu'une requalification

1) Les moyens appelant la discussion des parties

Le juge devra rouvrir les débats lorsqu'il soulève d'office un usage¹²⁸ ou encore lorsqu'il entend appliquer une règle de droit étranger¹²⁹. Le juge devra également retourner devant les parties lorsque celles-ci ont, pendant tout le débat, discuté uniquement sur la base du régime de la vente de droit belge alors qu'il entend soulever d'office le régime applicable à la vente internationale¹³⁰. De même, il y a violation des droits de la défense lorsque que les parties saisissent le juge en invoquant que tel comportement est constitutif d'une faute, alors que ce dernier soulève une faute différente en se fondant sur un autre comportement qui était dans le dossier¹³¹.

2) Les moyens dans la cause n'appelant pas de nouvelle discussion des parties

Nous pouvons tirer comme enseignement de la jurisprudence de la Cour de cassation que le juge ne viole pas les droits de la défense lorsqu'il se rallie à l'argumentation d'une des parties. En effet, une partie ne peut pas être surprise par cette prise de position du juge en faveur de l'argumentation de la partie adverse car elle a eu la possibilité de la contester pendant les débats et anticiper le fait que le juge puisse être convaincu par cette argumentation.

Ce devoir de prévisibilité dont les parties doivent faire preuve a été reconnu dans un arrêt du 29 septembre 2011 de la Cour de cassation. Il était question en l'espèce de la charge de la preuve qui pesait sur une partie qui voulait se voir reconnaître le statut de créancier de la masse afin de bénéficier du régime particulier qui s'y rattache. La Cour a décidé que le juge était dispensé de rouvrir les débats lorsqu'il constate que la preuve n'a pas été fournie. Elle a donc suivi les conclusions de l'avocat général Vandewal qui était favorable à la soustraction

¹²⁵ Cass. 8 octobre 1987, n° 7835

¹²⁶ Cass., 19 septembre 1985, n° 7298

¹²⁷ Cass., 14 mars 1985, n° 7143

¹²⁸ Cass., 16 novembre 2001, n° C.00.0139.F.

¹²⁹ Cass., 4 septembre 1992, n° 7831

¹³⁰ Cass., 4 septembre 1997, n° C.94.0096.N

¹³¹ Cass., 9 novembre 2001, n° C.00.0162.F.

de cette hypothèse aux exigences du contradictoire. Ce dernier cite l'adage « *Vigilantibus non dormientibus iura subveniunt* » (le droit défend les vigilants et non les dormeurs) en ce sens qu'il est permis d'exiger d'une partie diligente qu'elle prévoit la possibilité que le juge adhère à l'argumentation de ses adversaires.

Cette enseignement a encore été repris par la Cour de cassation dans un arrêt du 25 mars 2013. Cela concernait une partie qui voulait se défaire d'un contrat de vente d'immeuble qui la liait à la partie adverse car il y avait eu entre temps un arrêté d'expropriation sur l'immeuble en question. Le vendeur était donc dans l'impossibilité de transférer la propriété de l'immeuble et prétendait qu'il n'avait commis aucune faute. La Cour décida que le juge ne devait pas soumettre à la contradiction des parties sa décision de considérer l'arrêté d'expropriation comme un cas de force majeure.

Nous pouvons également ranger dans cette catégorie l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles rendu le 3 décembre 2012 qui énonce que « *le juge, et donc également l'arbitre, ne doit pas soumettre au débat des parties tout motif (ou toute jurisprudence ou article de doctrine) qu'il souhaite invoquer pour rendre sa décision*¹³² ».

¹³² TOSSENS J-F. et GOLDMAN S., note sous Bruxelles, 3 décembre 2012, b-Arbitra, 2013, p. 43

CONCLUSION

Après avoir essayé de mettre de l'ordre dans un domaine si difficile à théoriser, la question qui vient naturellement à l'esprit est celle de savoir si les juges du fond ou les arbitres appliquent vraiment les enseignements de la Cour de cassation ? N'est-il pas plus simple pour eux d'être prudents et de rouvrir les débats même lorsqu'ils ont l'occasion de s'en dispenser ?

Les différentes théories sur la dispense de la réouverture des débats sont compliquées et peu lisibles. La casuistique vient également rajouter une couche de difficulté à l'effort de théorisation de la problématique. Rappelons-nous, par exemple, de toute la difficulté à délimiter les contours de la théorie du moyen dans la cause ainsi que du « *concept de l'attente objective* » développé par le professeur Allemeersch dans sa thèse de doctorat. Comment savoir si un moyen relevé d'office par le juge ou l'arbitre est susceptible de surprendre les parties ? Les nombreux revirements de jurisprudence de la Cour de cassation témoignent de cette difficulté ainsi que ses décisions de suivre ou non les conclusions de son avocat général Vandewal. Dans un arrêt du 29 septembre 2011, la Cour suit les conclusions de son avocat général tandis que dans un autre arrêt du 22 mars 2012, elle ne s'y rallie pas.

Il est vrai que l'apparition de nouveaux principes directeurs tels que le principe de célérité et de loyauté procédurale encourage à prendre en considération ces théories sur la dispense de la réouverture des débats. Cependant, pourrions-nous faire le reproche à un juge ou un arbitre d'avoir été trop prudent et d'avoir rouvert les débats ? N'est-il pas préférable de rouvrir les débats une fois de trop qu'une fois de trop peu ? Autant être certain du jugement ou de la sentence arbitrale, même si cela prend du temps et coûte de l'argent de revenir devant les parties. Cette dernière affirmation peut être relativisée car la partie qui a la conviction qu'elle aurait pu convaincre le juge de changer d'avis si elle avait pu s'exprimer sur le moyen soulevé d'office, va interjeter appel de la décision ou tenter un pourvoi en cassation si le litige est en dernier ressort ou encore introduire un recours en annulation si l'on est en présence d'une sentence arbitrale. De ce fait, l'économie de procédure que le juge ou l'arbitre voulait réaliser sera annihilée par l'appel, le pourvoi ou le recours en annulation. Mais peut-être faut-il également nuancer ceci par le constat qu'une partie qui perd ne sera jamais satisfaite et essayera toujours de remettre en question la décision qui lui est défavorable, même si le juge ou l'arbitre est revenu devant elle pour discuter du moyen qu'il entend soulever d'office.

Cela dépend aussi du sens que le juge ou l'arbitre donne au contradictoire : est-ce seulement pour éviter la surprise des parties ou est-ce que cela permet vraiment au juge d'obtenir des informations supplémentaires ? Il est fréquent qu'une personne ayant une idée bien déterminée sur un sujet, change d'avis après avoir entendu un autre son de cloche pour reprendre une expression bien connue. Il est toujours intéressant de confronter les parties sur un point bien précis, tout en sachant que la vérité ne se situe pas chez l'une ou l'autre des parties mais bien au milieu, dans la confrontation de leurs prétentions.

En définitive, la réception de ses théories et enseignements dépendra du caractère du juge ou de l'arbitre. Certains tenteront de les appliquer, d'autres n'y prêteront pas attention, les considérant comme trop éloignés de la pratique.

BIBLIOGRAPHIE

1. Ouvrages

DE LEVAL G. (sous la direction de), *Droit judiciaire*, Tome II, Manuel de procédure civile, Bruxelles, Larcier, 2015

SALETTI A., VAN COMPERNOLLE J. et VAN DROOGHENBROECK J-F. (sous la direction de), *L'arbitre et le juge étatique : Etudes de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia*, Bruxelles, Bruylant, 2014

BOULARBAH H. et VAN DROOGHENBROECK J-F. (sous la direction de), *Les défenses en droit judiciaire privé*, Bruxelles, Larcier, 2010

VAN DROOGHENBROECK J-F., *Cassation et juridiction : Iura dicit curia*, Bruxelles, Bruylant, 2004

ALLEMEERSCH B., *De taakverdeling tussen rechter en partijen in het burgerlijk proces*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2007

DE LEVAL G., MOUGENOT D., VAN DROOGHENBROECK J-F. et autres, *Le droit judiciaire en mutation, hommage à Alphonse Kohl*, CUP, Bruxelles, Larcier, 2007

LINSMEAU J. et STORME M., *Le rôle respectif du juge et des parties dans le procès civil*, Diegem, Kluwer, 1999

GERARD P., BOULARBAH H. et VAN DROOGHENBROECK J-F., *Pourvoi en cassation en matière civile*, R.P.D.B., Bruxelles, Bruylant, 2012

SMETS A., *Het recht van tegenspraak in civiele geschillen*, Bruges, La Charte, 2009

VEROUGSTRAETE I., STORCK C., BRESSELEERS G., KIRKPATRICK J. (sous la direction de), *Imperat Lex Liber Amicorum Pierre Marchal*, Bruxelles, Larcier, 2003

STORME M. et HEES B., *Discretionary power of the judge : limits and control*, Mechelen, Kluwer, 2003

WAGNER K., *Sancties in het burgerlijk procesrecht*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2007

DE LEVAL G. (sous la direction de), *Actualités en droit judiciaire*, Formation permanente CUP, volume 83, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 175 et s.

FETTWEIS A., *Manuel de procédure civile*, éd. 1987, Liège, P.U. Liège

DE LEVAL G., *Eléments de procédure civile*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, p. 38

GUINCHARD S., FERNAND F. et CHAINAIS C., *Procédure civile*, 31 édition, Paris, Dalloz, 2012, p. 572

BOSSUYT A., DECONINCK B., DIRIX E., FETTWEIS A., FORRIER E. (sous la direction de), *Liber spei et amicitiae : Liber Amicorum Ivan Verougstraete*, Bruxelles, Larcier, 2011

KEUTGEN G. et DAL G-A., *L'arbitrage en droit belge et international*, Tome I - Le droit belge, Bruxelles, Bruylant, 2006

2. Articles de doctrine

DE LEVAL G., « Un arrêt fondamental et attendu », obs. sous Cass., 14 avril 2005, J.L.M.B., 2005, p. 856

VAN COMPERNOLLE J. et DE LEVAL G., « Pour une conception finaliste et fonctionnelle du formalisme procédural dans le procès civil », J.T., 2012

VAN DROOGHENBROECK J-F., « La théorie de la cause en voie de dénouement », note sous Cass., 18 novembre 2004, J.T., 2005, p. 161

GREGOIRE M., « Géométrie de l'instance », note sous Cass., 24 mars 2006, R.C.J.B., 2008, p. 5

MOUGENOT D., « Actualité en matière de d'office du juge, quelques réflexions d'un magistrat », R.R.D., 2009, p.30

KESSEDJIAN C., « Principe de la contradiction et arbitrage », Rev. Arb., 1995, p. 378

VAN DROOGHENBROECK J-F., « L'interdiction d'abjurer en cassation, même au nom de l'ordre public », note sous Cass., 31 janvier 2008, R.C.J.B., 2008

- CHAINAIS C., «L'arbitre, le droit et la contradiction : l'office du juge arbitral», *Rev. Arb.*, 2010, p. 3 et s.
- VAN DROOGHENBROECK J-F., «Faire l'économie de la contradiction ?», note sous Cass., 29 septembre 2011, *R.C.J.B.*, 2013, p.207 et s.
- BOLARD G., «Les principes directeurs du procès arbitral», *Rev. Arb.*, 2004, p. 511
- VAN DROOGHENBROECK J-F., «Une parfaite définition de l'office du juge», obs. sous Cass., 2 avril 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1241
- VAN DROOGHENBROECK J-F., «Chronique de l'office du juge», note sous Cass., 13 mars 2013, *J.L.M.B.*, 2013, p.1311
- GUINCHARD S., «L'arbitrage et le respect du contradictoire», *Rev. Arb.*, 1997, p. 185
- VAN COMPERNOLLE J., « La cause de la demande : une clarification décisive», note sous Cass., 14 avril 2005, *J.T.*, 2005, P. 659
- HANOTIAU B., «Le principe du contradictoire devant les tribunaux arbitraux», note sous Bruxelles, 25 septembre 1997, *J.T.*, 1998
- MEEUS A., «La notion de loi impérative et son incidence sur la procédure en cassation et l'office du juge», note sous Cass., 17 mars 1986, *R.C.J.B.*, 1988, p. 495 et s.
- CAPRASSE O. et GEORGES F., «Responsabilité du gérant et pouvoir de représentation d'une société dissoute : deux opportunités de réflexion sur l'office du juge», note sous Liège, 28 février 1998 et Comm. Bxl, 30 novembre 1998, *J.L.M.B.*, p. 708 et s.
- VAN OMMESLAGHE P., «Examen de jurisprudence 1968-1973, Les obligations», *R.C.J.B.*, 1988, p. 495 et s.
- HANOTIAU B. et CAPRASSE O., «Arbitrability, Due Process, and Public Policy Under Article V of the New York Convention», *J. Int. Arb.*, 2008, p. 720
- CAPRASSE O., «La procédure arbitrale internationale ou le droit comparé en pratique», *Revue de droit international et droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 349
- HANOTIAU B. et CAPRASSE O., «Les droits de la défense dans la procédure arbitrale», note sous Cass., 25 mai 2007, *R.C.J.B.*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 453 et s.

HANOTIAU B. et CAPRASSE O., « L'annulation des sentences arbitrales », J.T., 2004

CLOSSET-MARCHAL G., « Les garanties du procès équitable en droit judiciaire privé », J.T., 2011

VAN DROOGHENBROECK J-F., «La requalification judiciaire du contrat et des prétentions qui en découlent », R.G.D.C., 2014/7, p. 294-331.

3. Jurisprudence

A. Européenne

Cour. eur. D.H., arrêt Clinique des Acacias c. France, 13 octobre 2005, req. n° 65399/01

Cour. eur. D.H., arrêt Verdu Verdu c. Espagne, 15 février 2007, req. n° 43432/02

B. Nationale

Cass., 20 octobre 1983, N° 6839

Cass., 14 mars 1985, n° 7143

Cass., 19 septembre 1985, n°7298

Cass., 8 octobre 1987, n°7835

Cass., 11 juin 1992, n° 9281

Cass., 4 septembre 1992, n° 7831

Cass., 26 juin 1995, n° C.94.0255.N

Cass., 4 septembre 1997, n° C.94.0096.N

Cass., 22 mai 1998, n° C.97.0110.F

Cass., 9 novembre 2001, n° C.00.0162.F

Cass., 16 novembre 2001, n° C.00.0139.F

Cass., 16 septembre 2004, n° F.03.0049.F ; F.03.0062.F

Cass., 14 avril 2005, n° C.03.0148.F

Cass., 18 avril 2005, n° S.04.0174.F

Cass., 24 mars 2006, n° C.05.0360.F

Cass., 12 octobre 2006, n° C.04.04881.F

Cass., 23 octobre 2006, n° S.05.0010.F

Cass., 9 novembre 2007, n° C.07.0093.F

Cass., 16 février 2007, n° C.06.0431.N

Cass., 18 février 2008, n° C.05.0391.F

Cass., 28 mai 2009, n° C.06.0248.F

Cass., 2 avril 2010, n° C.09.0204.F

Cass., 16 avril 2010, n° C.09.0418.F

Cass., 29 septembre 2011, n° C.10.0349.N

Cass., 22 mars 2012, n° C.11.0551.N

Cass., 7 novembre 2012, n° P.12.1711.F