

Regards croisés sur l'étendue et la portée de l'adage Iura Novit Curia à l'aune des exigences posées par le principe du contradictoire dans l'arbitrage

Auteur : Biessaux, Nicolas

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 : 2018-2019

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/7636>

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.

*Regards croisés sur l'étendue et la portée de l'adage Iura Novit
Curia à l'aune des exigences posées par le principe du
contradictoire dans l'arbitrage*

Nicolas BIESSAUX

Travail de fin d'études
Master en droit à finalité spécialisée en droit des affaires
Année académique 2018-2019

Recherche menée sous la direction de :
Monsieur Olivier CAPRASSE
Professeur ordinaire

RÉSUMÉ

Lorsqu'il est amené à trancher un différend, l'attitude du juge étatique face au contenu du droit étranger est gouvernée par sa *lex fori*. Ainsi, la plupart des états de tradition civiliste contraignent le juge étatique à rechercher le contenu du droit applicable suivant l'adage *Iura Novit Curia*. À l'inverse, les états issus du système de la Common Law ont tendance à considérer le droit étranger comme un fait dont il appartient aux parties d'en rapporter la preuve.

Cette distinction ne se prolonge pas dans l'arbitrage international. En l'absence de for, l'arbitre n'est pas tenu d'observer des règles précises relatives à la détermination du contenu du droit applicable. Partant, dans le cadre d'une procédure où diverses traditions juridiques sont amenées à être confrontées, il se peut que l'arbitre ne sache pas comment se comporter face aux moyens de droit. En pratique, peut-il prendre l'initiative de soulever *sua sponte* tout moyen de droit sans que les parties ne l'ait explicitement autorisé ? Ou bien a-t-il l'obligation de le faire afin de rendre une sentence en droit ? Dans tous les cas, cette incertitude est une source d'obstacles au bon déroulement de la procédure dont les conséquences touchent à l'essence même de la fonction de juger.

En réaction, jurisprudence et doctrine sont intervenues de façon parfois contradictoire voire même étonnante. À tout le moins, lorsque l'arbitre est amené à jouer un rôle actif face aux moyens de droit, il est admis qu'il est tenu d'observer le principe du contradictoire. Toutefois, force est de constater que les contours de cette exigence restent débattus entre les différents états.

Enfin, constatant les limites inhérentes aux solutions nationales, un mouvement doctrinal s'est penché sur la possibilité de mettre en place une procédure transnationale issue de la pratique.

Je tiens tout d'abord à remercier le Professeur Caprassé dont les indications m'ont guidé tout au long de la rédaction du présent mémoire.

J'aimerais également remercier Maxime Malherbe pour son attention et ses précieux conseils. Enfin, je souhaite exprimer toute ma reconnaissance à ma mère et Catherine Delbouille, à la fois pour leur courage et patience, lors de leurs attentives relectures.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	9
CHAPITRE I. L'OFFICE DU JUGE ÉTATIQUE FACE AU DROIT ÉTRANGER	11
Section 1. Le juge étatique : au cœur de l'État de droit.....	11
Section 2. Le juge civiliste face au droit étranger.....	12
<i>Sous-section 1. Iura Novit Curia ?</i>	<i>12</i>
<i>Sous-section 2. En pratique... ..</i>	<i>14</i>
Section 3. Le juge de la Common Law face au droit étranger	15
<i>Sous-section 1. « Must law be proven? »</i>	<i>15</i>
<i>Sous-section 2. En pratique... ..</i>	<i>15</i>
Section 4. Les limites d'une telle comparaison au regard de l'arbitrage (ou les particularités de l'arbitrage)	17
<i>Sous-section 1. L'origine contractuelle de l'arbitrage</i>	<i>17</i>
A. L'arbitre a-t-il une mission purement contractuelle ?	18
B. L'arbitre n'a pas de for.....	20
CHAPITRE II. L'OFFICE DE L'ARBITRE FACE AU DROIT APPLICABLE ET SON DEVOIR DE CONTRADICTION	22
Section 1. Iura Novit Arbiter : généralités.....	22
<i>Sous-section 1. Source et étendue du principe</i>	<i>22</i>
<i>Sous-section 2. En théorie : un double enjeu</i>	<i>23</i>
A. Devoir ou pouvoir ?.....	23
B. Le respect du contradictoire	24
Section 2. Iura Novit Arbiter et la tradition civiliste	26
<i>Sous-section 1. Le droit belge et français</i>	<i>26</i>
A. Devoir ou pouvoir ?.....	26
B. Le respect du contradictoire.....	30
<i>Sous-section 2. Le droit suisse.....</i>	<i>34</i>
A. Devoir ou pouvoir ?.....	34
B. Le respect du contradictoire	36
Section 3. Iura Novit Arbiter et la tradition de la Common Law.....	38
<i>Sous-section 1. Le droit anglais</i>	<i>38</i>
A. Devoir ou pouvoir ?.....	38
B. Le respect du contradictoire	39
CHAPITRE III. VERS UNE PROCÉDURE TRANSATIONALE ?	40
Section 1. Les Recommandations de l'Association de droit international	40
Section 2. La procédure transnationale.....	41
CONCLUSION	43
BIBLIOGRAPHIE	46

INTRODUCTION

« *Avocats, passez au fait, la cour sait le droit !* » est une formule qui, jadis, résonnait aux oreilles des plaideurs selon Planiol¹. Marquant la tradition procédurale continentale, cette parole ancestrale semble réserver au juge la maîtrise du droit, les parties amenant les faits. *A contrario*, le système de la Common Law quant à lui assigne un rôle passif au juge et il revient aux parties de se prononcer sur le droit². De nos jours, la procédure civile reste largement imprégnée par cette dichotomie et conduit le tribunal afin de lui permettre de trancher le litige³.

Lorsqu'il est amené à devoir appliquer un droit étranger, le juge se reposera sur sa *lex fori* pour déterminer l'attitude qu'il adoptera. En d'autres termes, alors que le juge de la Common Law aura, en principe, tendance à considérer le droit étranger comme un fait dont la preuve repose sur les parties (« law must be proven doctrine »), le juge civiliste recherchera le droit applicable, le requalifiera voire même soulèvera des moyens de droit non invoqués par les parties suivant l'adage *Iura Novit Curia*.

À l'inverse, la situation de l'arbitre est fondamentalement différente : nommé temporairement par les parties pour résoudre le litige qui les oppose, il n'est rattaché à aucun ordre juridique et comme le précisent C. P. ALBERTI et D. BIGGE, « *arbitrators, (...) are not empowered by any state in particular to interpret or safeguard the application of its laws* »⁴. N'ayant pas de for, l'arbitre ne sait se replier sur un droit national pour apprécier l'attitude qu'il doit adopter face aux moyens de droit qui lui sont, par définition, « étrangers »⁵.

Pareillement, il ne peut se reposer sur la loi applicable à la procédure arbitrale (*la lex arbitri*) car celle-ci, la plupart du temps, ne se prononce pas sur la question du rôle de l'arbitre face aux moyens de droit⁶. En revanche, il n'est pas rare que la *lex arbitri* réserve aux parties le soin de déterminer la procédure qui les oppose⁷. Ceci étant dit, la doctrine semble constater

¹ M. PLANIOL, *Traité de droit civil*, LGDJ, Rennes, 1956, t.1, n°717.

² L.G. BAXTER, « Civil litigation and Iura Novit Curia », *The South African Law Journal*, 1979, p. 540.

³ V. ÖHLBERGER et J. PINKSTON, « Chapter II: The Arbitrator and the Arbitration Procedure, Iura Novit Curia and the Non- Passive Arbitrator: A Question of Efficiency, Cultural Blinders and Misplaced Concerns About Impartiality », in *Austrian Yearbook on International Arbitration 2016*, sous la direction de C. Klausegger, Vienne, International arbitration blog, 2016, p. 104.

⁴ C. P. ALBERTI et D. BIGGE, « Ascertaining the content of the applicable law and iura novit tribunus: approaches in commercial and investment arbitration », in *Contemporary problems of Commercial Arbitration*, Hector Flores Senties, ed., Mexico, 2015, p. 3.

⁵ Le concept de droit étranger est inadapté et il faut y voir uniquement un droit « applicable » choisi par les parties C. P. ALBERTI et D. BIGGE, *ibidem*, p. 4 et *voy égal.* G. KAUFMANN-KOHLER, « The Governing Law: fact or Law? – A Transnational Rule on Establishing its Contents », in *Best Practices in International Arbitration*, ASA Special Series, No. 26., 2006, p.79.

⁶ C. P. ALBERTI et D. BIGGE, « Ascertaining the content of the applicable law and iura novit tribunus: approaches in commercial and investment arbitration », *op.cit.*, pp. 1 et 2.

⁷ Un nombre important d'états ayant repris la loi-type CNUDCI sur l'arbitrage commercial international du 21 juin 1985 dont l'article 19 prévoit que « (...) les parties sont libres de convenir de la procédure à suivre par le tribunal arbitral ».

que les parties adressent très rarement, voir jamais le sujet⁸. Dans ce cas, les droits étatiques prévoient qu'il revient à l'arbitre de définir les contours de la procédure. Il est donc libre, *in fine*, de déterminer l'attitude qu'il aura face aux moyens de droit : a-t-il l'obligation de les soulever ? Ou bien est-ce uniquement une faculté ? Autrement dit, l'adage *Iura Novit Curia* a-t-il été réceptionné dans l'arbitrage international ?

Certains considèrent que l'origine conventionnelle de l'arbitrage empêche l'arbitre de s'éloigner de la volonté des parties et par conséquent de jouer un rôle actif face aux moyens de droit. Si cette théorie semble dépassée, d'autres n'ont pas manqué d'insister sur le fait qu'imposer à l'arbitre de soulever tous les moyens de droit d'un ordre juridique potentiellement inconnu aurait pour conséquence de multiplier le risque d'erreurs et donc de diminuer l'attrait général de l'arbitrage⁹.

Ceci étant dit, en pratique, de nombreux arbitres requalifient ou soulèvent *ex officio* des motifs de droit non-envisagés par les parties suivant l'adage *Iura Novit Arbitrator*¹⁰. Face à une pratique constante, les États, via la jurisprudence et la doctrine, sont intervenus pour en préciser l'étendue et pour contraindre l'arbitre à observer le principe du contradictoire. Au cœur de la fonction de juger, d'aucuns considèrent que la question des moyens relevés d'office, en plus de constituer « *un des enjeux parmi les plus passionnants et délicats de l'arbitrage* »¹¹, guide l'intervention de l'arbitre dans le but de lui permettre de rendre une sentence « *juste et efficace* » en droit¹².

Dans un premier temps, la présente contribution abordera l'office du juge étatique face au contenu du droit étranger sous l'angle des deux principales traditions juridiques. Une fois les principes directeurs posés, nous tenterons de déterminer dans quelle mesure ceux-ci s'appliquent à la procédure arbitrale (**Chapitre I**). Cette analyse nous permettra, dans un second temps, de mettre en lumière les conceptions de l'office arbitral retenues par divers états de traditions civiliste et de Common Law (**Chapitre II**). Enfin, nous envisagerons brièvement la possibilité de voir émerger une procédure transnationale découlant de la pratique arbitrale (**Chapitre III**).

⁸ H. BOULARBAH, « Brèves considérations sur la nécessaire complémentarité entre l'adage « *iura novit curia* » et le principe du contradictoire », in *Le principe du contradictoire en arbitrage*, Bruylant, Bruxelles, 2017, p. 52.

⁹ M. KURKELA, « *Jura Novit Curia and the Burden of Education in International Arbitration – A Nordic Perspective* », 21(3), ASA Bull. 287 et seq. (2003), p. 18.

¹⁰ J. JEMIELNIAK et S. PFISTERER, « *Iura Novit Arbitrator: towards a harmonised approach?* », *Unif L. Rev.*, Vol. 20, 2015, pp. 70-71.

¹¹ H. BOULARBAH, « Brèves considérations sur la nécessaire complémentarité entre l'adage « *iura novit curia* » et le principe du contradictoire », *op.cit.*, p. 51.

¹² P. MAYER, « La liberté de l'arbitre », *Rev. Arb*, 2013, n°16, p. 347.

CHAPITRE I. L'OFFICE DU JUGE ÉTATIQUE FACE AU DROIT ÉTRANGER

Dans un premier temps, nous évoquerons les raisons qui nous poussent à réaliser un détour par l'office du juge étatique (**section 1**). Dans un second temps, nous nous arrêterons sur le rôle dévolu aux juges traditionnels face au moyens de droit au sein des deux grandes traditions juridiques (**sections 2 et 3**). Enfin, nous apprécierons les limites d'une telle analyse au regard de l'arbitrage (**section 4**).

Section 1. Le juge étatique : au cœur de l'État de droit

Pour reprendre les termes de C. P. ALBERTI, « *despite the differences between litigation and arbitration it (the comparison) will provide us with some insights as to how domestic and international courts deal with this principle and potentially serve as a source to draw some basic guidance for tribunals* »¹³. Selon nous, il est opportun de réaliser un détour par les tribunaux étatiques afin d'appréhender les diverses conceptions de l'office du juge qui y sont consacrées. Même si l'arbitrage international est une procédure au croisement des traditions et que certains considèrent que « *neither the civil nor the common law approach makes much sense in the setting of international arbitration* »¹⁴, il n'en reste pas moins que l'analyse de ces approches constitue le socle de toute réflexion autour de l'office arbitral.

Plus précisément, le présent chapitre s'intéresse à l'attitude du juge étatique face au droit étranger, dans la mesure où cette situation se rapproche le plus de celle de l'arbitre qui ne connaît lui, par définition, que des droits étrangers. Ceci étant dit, le terme « étranger » n'est pas tout à fait adéquat car l'arbitre n'ayant pas de for, il n'existe que des droits « applicables » à la procédure. Cette distinction, qui constitue une des particularités de l'arbitrage, marque donc la limite d'une telle comparaison¹⁵.

Dans tous les cas, l'étude des règles procédurales étatiques relatives à l'office du juge nous permettra d'appréhender le réflexe intellectuel guidant l'arbitre, peut-être même de façon inconsciente, dans l'exercice de sa mission. Cela s'explique par le fait que dans le cadre d'un arbitrage international, faute d'indication de la part des parties, la règle consacrée au sein de la tradition dont l'arbitre émane constituera sans doute un point de départ dans son comportement face aux moyens de droit. Comme le résume G. KAUFMANN-KOHLER, « *certain arbitres*

¹³ C. P. ALBERTI, « *Iura Novit Curia in International Commercial Arbitration: How much justice do you want?* », in *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*, Genève, Kröll ed., 2011, p. 6.

¹⁴ P. CAPPER, « Chapter 3. 'Proving' the Contents of the Applicable Substantive Law(s) », in Fabio Bortolotti and Pierre Mayer (éd.), *The Application of Substantive Law by International Arbitrators*, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Volume 11, Kluwer Law International, 2014, p. 32.

¹⁵ P. CAPPER, *ibidem*, p. 32.

s'attendent à ce que le droit leur soit servi sur un plateau d'argent, d'autres percevront cette tentative comme une offense à leur dignité »¹⁶.

Section 2. Le juge civiliste face au droit étranger

Sous-section 1. Iura Novit Curia ?

Suivant les termes de T. GIOVANNINI, « *the principle of Jura Novit Curia is often applied by courts following the civil law tradition* »¹⁷. Lorsqu'il est amené à déterminer le contenu du droit applicable (interne ou étranger), le juge étatique issu d'un système de droit civiliste observera, en principe, l'adage *Iura Novit Curia* selon lequel, littéralement, la cour connaît le droit¹⁸.

Originaire du droit romain¹⁹, la maxime signifie qu'« *il revient aux parties de définir l'objet de leur litige, d'apporter les faits au vu desquels elles souhaitent le voir trancher et d'alléguer les preuves destinées à les soutenir, alors qu'il incombe au juge de trancher le litige en droit* »²⁰. Pris au sens littéral, d'aucuns n'ont pas manqué de soutenir que l'adage est « *humainement impossible, suivant le gigantisme des réglementations* »²¹ obligeant à se détacher du sens littéral pour y voir la capacité du juge, « *en raison de sa formation et de son expérience, de rechercher, d'appréhender et d'interpréter les règles de droit* »²².

Concrètement, il est admis que le principe implique que le tribunal puisse être amené à effectuer ses propres recherches sur le droit applicable, sans se limiter à celles réalisées par les parties²³. Plus encore, la formule comprend la faculté pour le tribunal de requalifier un moyen

¹⁶ G. KAUFFMAN-KOHLER, *Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du Professeur Hirsch, Slatkine*, Genève, 2004, p. 72.

¹⁷ T. GIOVANNINI, « Chapter 8: Ex officio powers to investigate: When do Arbitrators Cross the Line? », in B. Ehle et D. Baizeau (éd.), *Stories From the Hearing Room: Experience from Arbitral Practice*, Essais en l'honneur de M.E. Schneider, Kluwer Law international, 2015, p. 1.

¹⁸ M. SALAHUDINE ABDEL WAHAB, « *Iura Novit Arbitrator in International Commercial Arbitration: The Known Unknown* », in Nassib G. Ziadé (éd.), *Festschrift Ahmed Sadek El-Kosheri*, Kluwer Law International, p. 5.

¹⁹ S. GEEROMS, *Foreign Law in Civil Litigation: A comparative and Functional Analysis*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 30.

²⁰ C. CHAINAIS, « Rapport français - Les rôles respectifs des parties et du juge au regard de la matière litigieuse et du droit applicable au litige », in *L'office du juge – Études de droit comparé*, sous la coordination de C. CHAINAIS, B. HESS, A. SALETTI et J.-F. VAN DROOGHENBROEK, Larcier, Bruxelles, 2018, p. 19.

²¹ G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Paris, PUF, 3^{ème} éd, 1996, p 465.

²² F. MÉLIN, « *Jura novit curia (la cour connaît le droit)* », in *L'hypothèse du néo-fédéralisme. Le droit à une nouvelle croisée des chemins*, PUF, 2006, sous la direction de J. Lefebvre, p. 27 ; Cass. Italienne, 23 février 1978, *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.* 1978, p. 818 : « *le principe jura novit curia (...) doit être entendu non pas dans le sens que le juge connaît ou est tenu de connaître toutes les normes juridiques applicables à la controverse soumise à son examen avant même d'en prendre connaissance (...) mais que le juge (...) est tenu, indépendamment des sollicitations, initiatives ou de l'activité probatoire des parties, de préciser la norme ou les normes juridiques applicables à la controverse qui lui est soumise et de s'en procurer une connaissance directe, complète et sûre* ».

²³ Recommandation 7 des Recommandations de l'association de droit international sur la détermination du contenu du droit applicable en matière d'arbitrage commercial international, 73^e conférence, Rio de Janeiro, résolution 6/2008. Voy. D. BENSAUDE, « Présentation des Recommandations de l'Association de droit international sur la détermination du contenu du droit applicable en matière d'arbitrage commercial international », *Rev. Arb.*, 2009, p. 448.

déjà soulevé par les parties voire même le pouvoir de soulever *ex officio* un moyen de droit non invoqué par celles-ci²⁴.

Comme l'exprime C. CHAINAIS, l'adage doit être interprété suivant une vision contemporaine²⁵. Cela signifie qu'il n'exonère pas les parties d'apporter tout élément de droit, relativisant l'idée d'une séparation nette entre les rôles exercés par chacun dans le cadre du litige suivant la maxime « *da mihi factum, dabo tibi ius* » (« *donne-moi les faits, je te donnerai le droit* »). Plus encore, cette liberté laissée au juge ne doit toutefois pas omettre son devoir de contradiction lorsqu'il soulève un moyen et que « *ce moyen n'a pas été évoqué dans la procédure et dont aucune des parties en présence ne s'est prévaluée et ne pouvait supputer la pertinence dans le cas d'espèce* »²⁶. Le risque est d'éviter de surprendre les parties en relevant d'office un moyen de droit auquel elles ne s'attendaient pas. Pareillement, le juge doit veiller à ne pas modifier l'objet du litige sous peine de violer le principe dispositif²⁷. Il s'agit donc pour le juge de faire preuve d'une certaine vigilance étant donné le risque de censure de sa décision en cas de violation des droits de la défense²⁸.

Face au droit étranger, si l'on suit l'adage, il apparaît que les juridictions au sein du système civiliste jouent un rôle actif, devant s'atteler à déterminer le contenu du droit applicable. Suivant cette approche, la doctrine considère que le droit étranger ne peut pas être examiné comme un simple fait²⁹. D'un point de vue procédural, il s'agit d'un travail supplémentaire pour le juge qui est amené à rechercher le droit étranger applicable au litige, chose qui n'est pas toujours aisée, comme l'a justement démontré L. VAN DEN EYNDE³⁰. En pratique, le législateur est intervenu pour consacrer le rôle actif du juge face à la détermination du contenu du droit étranger. Voyons ce qu'il en est en droit belge, français et suisse.

²⁴ H. BOULARBAH, « Brèves considérations sur la nécessaire complémentarité entre l'adage « *iura novit curia* » et le principe du contradictoire », *op.cit.*, p. 56.

²⁵ C. CHAINAIS, « L'arbitre, le droit et la contradiction : l'office du juge arbitral à la recherche de son point d'équilibre », *Rev. Arb.*, 2010, p. 17.

²⁶ F. BOHNET et Y. JEANNERET, « Preuve et vérité en Suisse » in *La preuve*, *op.cit.*, p. 1022 et 1023.

²⁷ Article V (1) (b) de la Convention de New-York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales conclue à New-York le 10 juin 1958: « (...) *the tribunal must not exceed its authority in the terms of the arbitration agreement and decide on an issue not raised or discussed with the parties* ».

²⁸ Cass., 11 juin 1992, *Bull.*, I, 1992, n°532 et Cass., 4 septembre 1992, *Pas.*, I, n°589.

²⁹ O. CACHARD, « L'application ou l'éviction du droit désigné par la règle de conflit de lois » in *Droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 336 ; H. MOTULSKY, « L'office du juge et la loi étrangère », *Mélanges Maury*, t. I, p. 337.

³⁰ L. VAN DEN EYNDE, « *Iura Novit Curia*... ? Une aide externe pour l'interprétation du droit peut néanmoins être bienvenue », *A. P.T.*, 2017, liv 1-2, p. 71-72. L'auteur propose d'identifier quatre voies s'offrant au juge afin de prendre connaissance du droit étranger : le travail des parties, les services internes des institutions, l'expert ainsi que leurs propres recherches.

Sous-section 2. En pratique...

En Belgique, le juge est tenu d'appliquer la règle de conflit des lois³¹. La Cour de cassation a considéré que lorsque celle-ci lui indique l'application d'un droit étranger, le juge doit en déterminer le contenu en application de l'adage *Iura Novit Curia*³². L'article 15, §1^{er} du Code de droit international privé prévoit que « le contenu du droit étranger désigné par la présente loi est établi par le juge (...) ».

En droit français, la solution est plus complexe et résulte d'une multitude d'arrêtés de la Cour de cassation. Il est enseigné que « l'application de la règle de conflit est obligatoire lorsque la procédure implique des droits dont les parties n'ont pas la libre disposition »³³. À l'inverse, lorsque les adversaires sont face à des droits dont ils disposent librement, la règle de conflit ne s'applique pas sauf si elle est invoquée par les parties³⁴. Toujours est-il que toutes les fois où la loi étrangère est reconnue par le juge comme applicable au litige alors « il incombe au juge français d'en rechercher la teneur avec le concours des parties (...) »³⁵. Partant, N. NORD conclut que lorsque le juge français fait face à l'application d'un droit étranger, il est tenu d'observer l'adage *Iura Novit Curia*. Ceci dit, il ne fonctionne toutefois pas comme une dispense à l'égard des parties étant donné « qu'il leur est toujours possible d'agir de leur propre chef et de rapporter spontanément des éléments relatifs à la loi étrangère qui leur sont favorables »³⁶.

En droit suisse, la règle de conflit des lois est également obligatoire³⁷. Lorsqu'elle commande au juge d'appliquer un droit étranger, l'article 16 de la loi fédérale sur le droit international nous enseigne que son contenu doit être « établi d'office » et que « la collaboration des parties peut être requise »³⁸. De façon similaire au droit belge et français, le droit suisse oblige le juge à établir le droit étranger tout en étant assisté par les parties. Par

³¹ W. PINTENS, « l'établissement du contenu du droit étranger en Belgique », in *l'Application du droit étranger par le juge national : Allemagne, France, Belgique, Suisse*, sous la direction de C. Witz, Société de législation comparée, Paris, 2014, p. 38.

³² Cass. 29 nov. 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 320.

³³ S. CORNELOUP, « L'application de la loi étrangère », *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 66 N°2, 2014. Études de droit contemporain. Contributions françaises au 19^e Congrès international de droit comparé (Vienne, 20 - 26 juillet 2014) p. 364.

³⁴ N. NORD, « l'établissement du contenu du droit étranger en France », in *l'Application du droit étranger par le juge national : Allemagne, France, Belgique, Suisse*, sous la direction de C. Witz, Société de législation comparée, Paris, 2014, pp 13-14 ; Cass. civ., 1^{er}, 22 mars 2012, *Bull. civ.* I, n°61.

³⁵ Cass. Fr. (1^{er} civ.), 28 juin 2005, *Aubin*, n°00-15734 ; Cass. Fr. (com.) 28 juin 2005, *Itraco*, n°00-15734, *Rev. crit. DIP*, 2005, p. 645, note B. ANCEL et H. MUIR WATT.

³⁶ N. NORD, « l'établissement du contenu du droit étranger en France », *op.cit.*, p. 16.

³⁷ B. DUTOIT, *Droit international privé suisse, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 4^{ème} éd., Helbing & Lichtenhahn, 2005, art. 16, §4.

³⁸ L'article 16 de la LDIP prévoit que « le contenu du droit étranger est établi d'office. A cet effet, la collaboration des parties peut être requise » ; E. CASHIN RITAINE, « L'établissement du contenu du droit étranger en Suisse », in *l'Application du droit étranger par le juge national : Allemagne, France, Belgique, Suisse*, sous la direction de C. Witz, Société de législation comparée, Paris, 2014, pp. 48-49.

exception, il prévoit qu'en matière patrimoniale, le juge a la faculté de faire reposer sur les parties la charge de la preuve du droit étranger³⁹. Dans un arrêt du 27 mai 2013, le Tribunal Fédéral suisse a insisté sur le fait que le juge ne pouvait pas se satisfaire des représentations du droit étranger soumises par les parties et qu'il avait l'obligation de vérifier les moyens présentés⁴⁰. Dans tous les cas, les trois droits étudiés ont mis en place une « porte de sortie » permettant au juge, lorsque le contenu du droit étranger ne peut pas être établi, de retomber sur son droit national⁴¹.

Remarquons que cette solution n'est pas partagée par tous les pays de tradition continentale. Par exemple, en droit suédois, le juge doit observer l'adage *Iura Novit Curia* uniquement lorsqu'il applique son droit national. *A contrario*, lorsqu'il applique un droit étranger, il n'a pas l'obligation d'en rechercher le contenu⁴². La même solution prévaut, en principe, dans les pays adeptes de la Common Law où le droit étranger est perçu comme un fait.

Section 3. Le juge de la Common Law face au droit étranger

Sous-section 1. « Must law be proven? »

Caractérisé par une procédure dite accusatoire, les juges au sein des systèmes de Common Law jouent souvent un rôle passif⁴³. Comme le décrit L.G. BAXTER à propos du droit anglais, « *the court, in our adversary system, has no power or duty to decide a civil dispute on the basis of what it believes to be the 'truly relevant' legal issues arising from the facts placed before it. This is the prerogative of the parties* »⁴⁴.

Sous-section 2. En pratique...

En droit anglais, il est du devoir des parties d'amener le droit au litige et le juge doit s'en tenir exclusivement aux moyens invoqués par les adversaires. *A contrario*, le juge étatique ne pourrait donc pas *ex officio* soulever des moyens de droit non avancés par les parties. Il ne

³⁹ O. CACHARD, « L'application ou l'éviction du droit désigné par la règle de conflit de lois » in *Droit international privé*, *op.cit.*, p. 336.

⁴⁰ Tribunal Fédéral suisse, 27 mai 2013, 5A_60/2013, cons. 3.2.1.1 ; J. JEMIELNIAK et S. PFISTERER, « *Iura Novit Arbitrator : towards a harmonised approach ?* », *op.cit.*, p. 61.

⁴¹ L'article 16 de la LDIP, §2: « *le droit suisse s'applique si le contenu du droit étranger ne peut pas être établi* ». L'article 15 du CODIP, §2, al. 2 : « *lorsqu'il est manifestement impossible d'établir le contenu du droit étranger en temps utile, il est fait application du droit belge* » et pour la France voy. Cass. Fr. (1^{er} civ.), 21 novembre 2006, n°05-22002, *Bull.*, n° 500, *Rev. crit. DIP*, 2007, p. 575, note H. MUIR.

⁴² Code suédois de la procédure judiciaire, chapitre 35, section 2 : « *Proof of a circumstance that is generally known is not required. Nor is proof required as to legal rules. If foreign law is to be applied and its content is not known to the court, however, the court may request party to present proof thereon* ».

⁴³ M. HUNTER, et A. REDFERN, *Law and practice of international commercial arbitration*, 2ème éd., Londres, Sweet & Maxwell limited, 1991, p. 294.

⁴⁴ L.G. BAXTER, « Civil litigation and *Iura Novit Curia* », *The South African Law Journal*, 1979, p. 540.

peut pas non plus faire ses propres recherches et demander l'assistance d'autres autorités⁴⁵. Selon l'Avocat Général JACOBS auprès la Cour de Justice de l'Union européenne, il s'agit peut-être du trait le plus spectaculaire de la procédure anglaise⁴⁶.

Lorsqu'un juge anglais est confronté à l'application d'un droit étranger, il le considérera comme un fait et il revient aux parties d'en prouver le contenu. Comme l'a exposé Lord MANSFIELD dans une formule célèbre: « *the way of knowing foreign laws is by admitting them to be proved as facts* »⁴⁷. Si la preuve d'un tel droit n'est pas rapportée, le juge appliquera alors le droit anglais, présumé être semblable au droit anglais en vertu de la « *presumption of similarity* »⁴⁸. Devant le juge étatique, en droit anglais, il n'y a donc pas de place pour l'adage *Iura Novit Curia*⁴⁹. Par exception, lorsqu'une règle de conflit impérative provient d'un engagement international alors le fait pour les parties de ne pas rapporter le droit étranger entraîne, dans ce cas, le rejet de la demande⁵⁰.

En droit américain, l'article 44 des Federal Rules of Civil Procedure traite la loi étrangère comme du droit et autorise le juge américain à réaliser ses propres recherches sur le droit étranger sans être lié par les représentations du droit données par les parties. Toutefois, le juge n'est pas obligé d'entamer de telles recherches lorsque les parties ne manifestent pas la volonté d'appliquer un droit étranger⁵¹. G. KAUFMANN-KOHLER résume la règle en droit américain de la façon suivante: « *foreign law is law and the court has broad authority to conduct its own research, but no duty to do so* »⁵². Dans cette quête, il est admis que le juge puisse faire appel à des experts pour déterminer le contenu du droit étranger. Selon R. POSNER, les juges devraient toutefois exceptionnellement requérir l'assistance d'experts et rechercher eux-mêmes le contenu du droit étranger. Selon lui, les avocats-experts en droit étranger sont payés pour leur témoignages et, en fonction des attentes de leurs clients, feront dire à ce droit

⁴⁵ J. LEW, « *Iura Novit Curia and Due Process* », Queen Mary University of London, School of Law, Legal Studies Research Paper No. 72/2010, 2010, p. 5, disponible sur le site suivant : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1733531 (consulté pour la dernière fois le 20 mai 2019).

⁴⁶ C.J.C.E., arrêts *Jeroen van Schindel and Johannes Nicolaas Cornelis van Veen v. Stichting Pensioenfondsvoor Fysiotherapeuten*, 14 décembre 1995, C-430/93 et C-431/93.

⁴⁷ LORD MANSFIELD dans l'arrêt *Mostyn v. Fabrigas* (1774), 1 Cowper's King's Bench Reports (Cowp.), 161, 174.

⁴⁸ G. KAUFMANN-KOHLER, « *Iura novit arbiter : est-ce bien raisonnable ? Réflexions sur le statut du droit de fond devant l'arbitre international* » in *Études réunies sur le droit désirable en l'honneur du professeur Alain Hirsch*, Slatkine, Genève, 2014, p. 73.

⁴⁹ C. P. ALBERTI, « *Iura Novit Curia in International Commercial Arbitration: How much justice do you want?* », *op.cit.*, p. 10.

⁵⁰ G. KAUFMANN-KOHLER, « *Iura novit arbiter : est-ce bien raisonnable ? Réflexions sur le statut du droit de fond devant l'arbitre international* », *op.cit.*, p. 73.

⁵¹ J. JEMIELNIAK et S. PFISTERER, « *Iura Novit Arbiter : towards a harmonised approach*, » *op.cit.*, p. 62.

⁵² G. KAUFMANN-KOHLER, « *The Arbitrator and the Law: Does He/She Know it? Apply It? How? And a Few More Questions* », in *Arbitration International*, LCIA, Vol. 24, No. 4, p. 634.

ce qui est dans leurs intérêts par le biais d'interprétations et de constructions juridique parfois difficilement vérifiables pour le tribunal⁵³.

L'alternative proposée par le droit américain dépasse donc la dichotomie classique Civil-Common Law dans la mesure où elle avance une formule hybride. Elle propose aux parties et aux juges de travailler en collaboration dans le but d'assurer une solution efficace et pragmatique dans l'intérêt des parties. À ce stade, la question est donc la suivante : est-ce que ce modèle américain pourrait être appliqué à la procédure d'arbitrage, suivant la volonté des parties? Pour certains, la mise en parallèle des procédures est fragile et présente certaines limites⁵⁴.

Section 4. Les limites d'une telle comparaison au regard de l'arbitrage (ou les particularités de l'arbitrage)

Suivant une partie de la doctrine, le détournement par le juge étatique en vue d'appréhender l'office de l'arbitre face aux moyens de droit est inadéquat étant donné l'origine contractuelle de l'arbitrage⁵⁵. Comme le souligne P. MAYER, « *ce qui fait la différence essentielle entre l'arbitre et le juge : le juge est essentiellement l'homme de loi ; l'arbitre est l'homme des parties* »⁵⁶. Détaillons.

Sous-section 1. L'origine contractuelle de l'arbitrage

En tant que service public, la justice forme « *une institution indispensable au fonctionnement de la société, dans un État de droit* »⁵⁷. Elle est rendue par le juge qui constitue l'organe judiciaire étatique par excellence dont le pouvoir émane directement de l'ordre juridique au sein duquel il exerce sa profession. Les règles de cet ordre juridique constituent pour le juge sa *lex fori*, c'est-à-dire la loi en vertu de laquelle le procès sera guidé. Plus précisément, la loi du for va fixer les règles relatives à la détermination du contenu du droit applicable par le juge. Comme nous l'avons examiné, il n'est pas rare que les États prévoient la possibilité pour le juge d'aller vérifier au-delà des arguments avancés par les parties. Cette faculté (qui se transforme parfois en obligation) est laissée au juge étatique parce qu'il est considéré comme « *le gardien de l'ordre public de l'état dont il tire son pouvoir* »⁵⁸. Dès lors,

⁵³ Le point de vue du Juge POSNER est détaillé dans l'arrêt *Bodum USA Inc v. La Cafetière Inc*, United States Court of Appeals, 7th Circuit, 2 Septembre 2010, 2010 U.S. App. LEXIS 18374, p. 17.

⁵⁴ C. P. ALBERTI et D. BIGGE, « Ascertaining the content of the applicable law and iura novit tribunus: approaches in commercial and investment arbitration », *op.cit.*, p. 1.

⁵⁵ C. P. ALBERTI et D. BIGGE, « Ascertaining the content of the applicable law and iura novit tribunus: approaches in commercial and investment arbitration », *op.cit.*, pp. 2 à 4.

⁵⁶ P. MAYER, « L'arbitre et la loi », in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle, Études offertes à Pierre Catala, Litec*, 2001, p. 228.

⁵⁷ G. DE LEVAL et F. GEORGES, *Droit judiciaire : institutions judiciaires et éléments de compétence*, Tome 1, Coll. Fac. Droit. ULg, Larcier, Bruxelles, 2015, p. 31.

⁵⁸ C. P. ALBERTI et D. BIGGE, « Ascertaining the content of the applicable law and iura novit tribunus: approaches in commercial and investment arbitration », *op.cit.*, p. 3.

en tant que gardien de l'ordre public, le juge détient la responsabilité d'interpréter et d'appliquer avec exactitude la loi de cet État, ce qu'il fait en requalifiant voir en soulevant des moyens de droit non invoqués par les parties⁵⁹.

À l'inverse, l'arbitrage est une procédure d'origine conventionnelle à finalité juridictionnelle. Les arbitres ne sont désignés que de façon temporaire par les parties afin de résoudre le litige qui les oppose. Par conséquent, ils n'ont de pouvoir que dans la mesure de ce que les parties leurs confèrent⁶⁰. Cela implique deux conséquences majeures que nous envisageons ci-dessous. Premièrement, l'office de l'arbitre est « *au confluent entre deux fleuves juridiques – l'un contractuel, l'autre légal* »⁶¹. Deuxièmement, l'arbitre n'a pas de for. Par conséquent, face au silence des parties, il ne peut se replier sur une éventuelle *lex fori* pour déterminer les contours de son office.

A. L'arbitre a-t-il une mission purement contractuelle ?

L'arbitre est tenu par des obligations qui découlent d'un contrat : « *ce sont les parties qui encadrent la mission de l'arbitre, définissent les points qu'il juge, les faits sur lesquels il statue ainsi que le droit applicable au litige* »⁶². En ce sens, C. CHAINAIS estime que « *l'arbitre qui se déroberait au cadre ainsi tracé s'exposerait au grief du non-respect de sa mission* »⁶³. Suivant l'idée du contrat judiciaire⁶⁴, le rôle de l'arbitre est cantonné à la volonté des parties sans qu'il dispose d'une marge de manœuvre.

Par conséquent, si les opposants décident de limiter l'office de l'arbitre, et donc d'exclure l'adage *Iura Novit Curia*, ils peuvent le faire sous réserve de l'ordre public. Ils le feront soit en établissant une liste de moyens que l'arbitre est autorisé à soulever soit en excluant purement et simplement l'adage dans l'acte de mission⁶⁵. En ressort donc un rôle a priori limité pour l'arbitre au regard de la détermination du contenu du droit applicable.

⁵⁹ M. SALAHUDINE ABDEL WAHAB, « *Iura Novit Arbiter in International Commercial Arbitration: The Known Unknown* », *op.cit.*, p. 7.

⁶⁰ M. SALAHUDINE ABDEL WAHAB, « *Iura Novit Arbiter in International Commercial Arbitration: The Known Unknown* », *op.cit.*, p. 6: « *arbitrators derive their judicial power mainly from arbitration agreements* ».

⁶¹ C. CHAINAIS, « *l'arbitre, le droit et la contradiction : l'office du juge arbitral à la recherche de son point d'équilibre* », *op.cit.*, p. 7.

⁶² C. CHAINAIS, « *l'arbitre, le droit et la contradiction : l'office du juge arbitral à la recherche de son point d'équilibre* », *op.cit.*, p. 7.

⁶³ C. CHAINAIS, « *l'arbitre, le droit et la contradiction : l'office du juge arbitral à la recherche de son point d'équilibre* », *op.cit.*, p. 7.

⁶⁴ H. BOULARBAH, « *Brèves considérations sur la nécessaire complémentarité entre l'adage iura novit curia et le principe du contradictoire* », *op.cit.*, p. 55.

⁶⁵ L. WEILLER, « *Un nouvel office pour le juge ?* », *Rev. Arb.*, 2017, p. 137.

Une telle limitation de l'office de l'arbitre fait écho à l'accord procédural explicite, bien ancré dans la procédure traditionnelle belge⁶⁶. Sous réserve de l'ordre public, les parties peuvent ligoter le juge sur certains éléments de faits mais aussi de droit. Comme son nom l'indique, l'accord doit être explicite, la Cour de cassation rejetant le cas d'un éventuel accord tacite⁶⁷. La solution qui prévaut au sein de la procédure traditionnelle a inspiré le droit belge de l'arbitrage. Selon ce dernier, l'arbitre est lui aussi tenu de soulever les moyens d'ordre public sous peine de voir sa sentence annulée⁶⁸.

Suivant le concept de contrat judiciaire, certains considèrent que seule la volonté des parties devrait être prise en considération. Selon P. LEVEL, la justification provient du fait que lorsque l'arbitre soulève d'office un moyen de droit lié au fond du litige, il prend parti et manque à son devoir d'impartialité⁶⁹. Dans cette direction, les Recommandations précitées évoquaient déjà que les arbitres « *should take care to avoid the appearance of being a partisan of one side of the dispute* »⁷⁰.

Nous ne partageons pas cette vision. Nous préférons d'avantage nous rallier à l'idée selon laquelle l'un n'empêche pas l'autre : le souci d'impartialité n'empêche pas l'arbitre de soulever un moyen de droit. Ce faisant, il fait ce que son devoir lui requiert : dire le droit. En effet, « *l'office du juge arbitral a une source légale qui le dépasse* »⁷¹ émanant des parties qui l'ont investi de la mission de dire le droit. Comme le précisent G. KEUTGEN et G-A. DAL, « (...), on ne peut dénier à l'arbitre désigné sa fonction de juge qui est de trancher un litige qui oppose les parties. Si son investiture est d'origine contractuelle, une fois nommé, il assume en toute indépendance le rôle de dire le droit »⁷². Afin de remplir pleinement son office, l'arbitre veillera donc à soulever les moyens de droit qu'il considère comme applicables au litige. S'il omet de le faire « *au simple motif que les parties en ont soulevé d'autres, l'arbitre échouerait dans sa mission de dire le droit et une telle initiative irait à l'encontre de l'évolution récente du rôle actif du juge étatique et lui ferait perdre toute crédibilité* »⁷³.

⁶⁶ D. MOUGENOT, « Actualité en matière d'office du juge : quelques réflexions d'un magistrat », *R.R.D.*, 2009, p. 30.

⁶⁷ P. GERARD, H. BOULARBAH et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Pourvoi en cassation en matière civile », *R.P.D.B.*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 183 et s.

⁶⁸ H. BOULARBAH, « Brèves considérations sur la nécessaire complémentarité entre l'adage *iura novit curia* et le principe du contradictoire », *op.cit.*, p. 57.

⁶⁹ P. LEVEL, « Brèves réflexions sur l'office de l'arbitre », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?* Mélanges offerts à Roger Perrot, Paris, Dalloz, 1996, p. 269.

⁷⁰ Recommandation 7 des Recommandations de l'association de droit international sur la détermination du contenu du droit applicable en matière d'arbitrage commercial international, 73^e conférence, Rio de Janeiro, résolution 6/2008.

⁷¹ C. CHAINAIS, « l'arbitre, le droit et la contradiction : l'office du juge arbitral à la recherche de son point d'équilibre », *op.cit.*, p. 7.

⁷² G. KEUTGEN et G-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et international*, 3^{ème} édition, t.I, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 51-54.

⁷³ C. CHAINAIS, « Rapport français - Les rôles respectifs des parties et du juge au regard de la matière litigieuse et du droit applicable au litige », *op.cit.*, p. 16 ; voy égal. Th. CLAY, *L'arbitre*, préf. Ph. Fouchard, Dalloz, nouv. bibl. th. 2000, n°811 : « *c'est précisément parce que les litigants l'ont contractuellement investi comme juge que l'arbitre doit se comporter comme tel* ».

Plus encore, la limitation du rôle de l'arbitre dans la détermination du contenu du droit applicable se heurte à un avantage inhérent de la procédure arbitrale. Il s'agit du choix *intuitu personae* de l'arbitre pour ses qualités particulières. En effet, adopter une vision passive de l'office de l'arbitre reviendrait à le priver de toute initiative alors qu'il a probablement été désigné en fonction de ses compétences. Par conséquent, l'effet induit serait celui d'une diminution de la qualité de la procédure sans pour autant diminuer son coût. C'est donc de façon générale l'institution de l'arbitrage qui se verrait affaiblie⁷⁴.

Ceci étant dit, le rôle actif de l'arbitre face aux moyens de droit ne se conçoit que dans la mesure où ce dernier observe avec prudence les droits fondamentaux des parties. Ainsi, en vertu du principe dispositif, les parties conservent la maîtrise de la matière litigieuse et c'est à elles seules qu'il revient de délimiter le litige qui les oppose. Par conséquent, si l'arbitre ne respecte pas la volonté des parties, se profile alors le spectre de l'excès de pouvoir⁷⁵. Plus encore, l'arbitre doit également veiller à exercer son office dans le respect du principe du contradictoire, sous peine de surprendre les parties. Dit autrement, « *un juge doit rester fidèle à son devoir, (...), mais aussi faire ce que son devoir lui demande* »⁷⁶.

En définitive, s'interroger sur l'office de l'arbitre c'est partir à la recherche d'un « *équilibre subtil* » entre d'une part le litige tel que défini par les parties et d'autre part la mission incombant à l'arbitre qui est celle de rendre une sentence en droit⁷⁷.

B. L'arbitre n'a pas de for

Les arbitres n'ont pas de for⁷⁸. Par conséquent, « *ils ne sont pas soumis à des règles précises sur les modalités de détermination du contenu du droit applicable* »⁷⁹. Toutefois, la *lex arbitri* (la loi applicable à la procédure), dans la majorité des cas, laisse le soin aux parties de déterminer la procédure qui gouverne le litige. Seulement, en pratique, les parties se prononcent rarement sur le rôle exact qui incombe à l'arbitre dans le cadre de la clause d'arbitrage qui les lie⁸⁰.

⁷⁴ C. CHAINAIS, « Rapport français - Les rôles respectifs des parties et du juge au regard de la matière litigieuse et du droit applicable au litige », *op.cit.*, p. 9.

⁷⁵ J. JEMIELNIAK et S. PFISTERER, « Iura Novit Arbitrator: towards a harmonised approach? », *op.cit.*, p. 74.

⁷⁶ P. OURLIAC, « L'office du juge dans le droit canonique classique », Mélanges offerts à Pierre Hébraud, Préf. M. Despax, Toulouse, Université des sciences sociales, 1981, p. 627, cité par C. CHAINAIS, « l'arbitre, le droit et la contradiction : l'office du juge arbitral à la recherche de son point d'équilibre », *op.cit.*, p. 6.

⁷⁷ C. CHAINAIS, « l'arbitre, le droit et la contradiction : l'office du juge arbitral à la recherche de son point d'équilibre », *op.cit.*, p. 7.

⁷⁸ J. LEW, « Iura Novit Curia and Due Process », *op.cit.*, p. 8.

⁷⁹ C. CHAINAIS, « Rapport français - Les rôles respectifs des parties et du juge au regard de la matière litigieuse et du droit applicable au litige », *op.cit.*, p. 5.

⁸⁰ C. P. ALBERTI et D. BIGGE, « Ascertaining the content of the applicable law and iura novit tribunus: approaches in commercial and investment arbitration », *op.cit.*, p.1.

La raison peut provenir du fait que celles-ci ont décidé de recourir à un arbitrage institutionnel pour encadrer la procédure⁸¹. Ceci dit, la majorité de ces règlements restent muets face à la question. Ainsi, le règlement d'arbitrage du CEPANI ne dit mot sur le rôle de l'arbitre face aux moyens de droit⁸². Par exception, le règlement de la Cour d'arbitrage internationale de Londres, en son article 22, §1, (iii), envisage avec clarté l'enjeu et laisse le soin au tribunal arbitral de déterminer le rôle qu'il aura à l'égard des moyens de droit, sauf accord des parties⁸³.

À défaut pour les parties de s'être prononcées sur le sujet ou d'avoir recouru à un arbitrage institutionnel, la *lex fori* prévoit, dans un grand nombre d'états, que le tribunal arbitral détermine lui-même la procédure applicable. Cette solution émane de l'article 19 de la loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international qui a été reprise par toute une série d'États⁸⁴. Celle-ci énonce que « *les parties sont libres de déterminer la procédure à suivre par les parties* » mais qu'à défaut de choix, le tribunal arbitral, « *procède à l'arbitrage comme il le juge approprié* »⁸⁵. Il s'agit donc d'une immense liberté laissée au tribunal arbitral qui pourrait décider, en l'absence d'indication des parties, d'appliquer la maxime *Iura Novit Curia*.

Par exception, l'English Arbitration Act de 1996 se prononce sur la question et laisse la possibilité à l'arbitre le soin d'appliquer (ou non) l'adage *Iura Novit Curia*. Selon la doctrine, il faut y voir l'affirmation selon laquelle « *there is no obligation of the tribunal to ascertain the law ex officio* »⁸⁶. Selon nous, il est justement permis d'entrevoir la possibilité pour l'arbitre de rechercher et soulever des moyens de droit. Il s'agit d'un éclairage intéressant sur le fait que le droit anglais de l'arbitrage ait expressément consacré la possibilité pour l'arbitre d'appliquer l'adage *Iura Novit Curia* alors qu'il l'exclut pourtant devant les juridictions traditionnelles.

⁸¹ À titre d'exemple, voy. en Belgique, le CEPANI (Centre belge d'arbitrage et de médiation), en France la CCI (Chambre de commerce internationale), en Angleterre la LCIA (London Court of International Arbitration). Il est important de noter que le recours à de tels règlements institutionnels n'a pas pour effet de soustraire l'arbitrage à une procédure nationale.

⁸² La dernière version du règlement d'arbitrage du CEPANI est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2013 et est disponible sur le site suivant : <https://www.cepani.be/reglements/?lang=fr/> (consulté pour la dernière fois le 16 avril 2019).

⁸³ Article 22, 1§, LCIA: « *The Arbitral Tribunal shall have the power, (...), but in either case only after giving the parties a reasonable opportunity to state their views and upon such terms (...): (iii). To conduct such enquiries as may appear to the Arbitral Tribunal to be necessary or expedient, including whether and to what extent the Arbitral Tribunal should itself take the initiative in identifying relevant issues and ascertaining relevant facts and the law(s) or rules of law applicable to the Arbitration Agreement, the arbitration and the merits of the parties' dispute* ». La dernière version du règlement d'arbitrage de la LCIA est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2014 et est disponible sur le site suivant : https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx#Article%2022 (consulté pour la dernière fois le 16 avril 2019).

⁸⁴ Selon le Secrétariat de la CNUDCI, la loi-type a été adoptée par 80 pays (111 États et territoires). Pour plus de détails voy. le site officiel de la CNUDCI : http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html (consulté pour la dernière fois le 10 juillet 2019).

⁸⁵ Article 19 de la loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international telle qu'adoptée par la Commission des Nations unies pour le droit commercial international le 21 juin 1985, et amendée par la Commission des Nations unies pour le droit commercial international le 7 juillet 2006.

⁸⁶ J. JEMIELNIAK et S. PFISTERER, « *Iura Novit Arbiter revisited: towards a harmonised approach?* » *op.cit.*, p. 78.

Pareillement, les droits danois⁸⁷ et néerlandais⁸⁸ de l'arbitrage envisagent le rôle de l'arbitre face aux moyens de droit.

Malgré l'impossibilité pour l'arbitre de se « *replier sur un droit connu, tel que le droit du for* »⁸⁹ ainsi que le silence des parties, règlements institutionnels et lois nationales, cela signifie-t-il pour autant que l'arbitre n'est pas amené, en pratique, à soulever *ex officio* certains moyens de droit, lorsqu'il le juge nécessaire ? Rien n'est moins sûr. En vertu de la loi applicable à la procédure (*la lex arbitri*), il est fréquent que l'arbitre soit amené à déterminer les contours de la procédure. Partant, même s'il n'existe pas de règle universelle consacrant la maxime *Iura Novit Curia* au sein de l'arbitrage, il ressort d'une doctrine majoritaire que l'arbitre a le pouvoir de rechercher et de soulever *sua sponte* des moyens de droit en application de l'adage *Iura Novit Arbiter* pourvu qu'il observe avec prudence les droits de la défense.

CHAPITRE II. L'OFFICE DE L'ARBITRE FACE AU DROIT APPLICABLE ET SON DEVOIR DE CONTRADICTION

Une doctrine majoritaire se prononce en faveur de l'application de l'adage *Iura Novit Curia* à l'arbitrage international. Cependant, l'étendue du principe demeure toutefois controversée (**section 1**) et a fait l'objet de réceptions nuancées aux sein des différents ordres juridiques de tradition de Civil Law (**section 2**) et de Common Law (**section 3**).

Section 1. *Iura Novit Arbiter* : généralités

Sous-section 1. Source et étendue du principe

Comme l'affirme T. GIOVANNINI, « *there seems to be a consensus amongst commentators and case law that arbitrators have the power to look beyond the parties own legal submissions (...)* »⁹⁰. Parallèlement, la jurisprudence a également reconnu l'application de l'adage *Iura Novit Curia* dans le cadre de la procédure arbitrale. Toutefois, il n'existe pas d'approche uniforme sur la façon de déterminer le contenu du droit applicable⁹¹.

À défaut pour les parties de se prononcer sur la question, ce pouvoir lui est généralement conféré par *la lex arbitri*, c'est-à-dire la loi du lieu où est localisé l'arbitrage⁹². Sur base de la

⁸⁷ Article 1044 du Code de procédure civile néerlandais.

⁸⁸ Section 27 (2) de la loi danoise sur l'arbitrage.

⁸⁹ G. KAUFMANN-KOHLER, « *Iura novit arbiter : est-ce bien raisonnable ? Réflexions sur le statut du droit de fond devant l'arbitre international* », *op.cit.*, p. 75.

⁹⁰ T. GIOVANNINI, « Chapter 8: Ex officio powers to investigate: When do Arbitrators Cross the Line? », *op.cit.*, p. 67; C. P. ALBERTI, « *Iura Novit Curia in International Commercial Arbitration: How much justice do you want?* », *op.cit.*, p. 12.

⁹¹ C. P. ALBERTI, « *Iura Novit Curia in International Commercial Arbitration: How much justice do you want?* », *op.cit.*, p. 14.

⁹² Voy. l'article 2 du protocole relatif aux clauses d'arbitrage adopté à Genève en 1923 selon lequel « *la procédure d'arbitrage, (...), est réglée par la volonté des parties et par la loi du pays sur le territoire duquel l'arbitrage a lieu* ». Pareillement, la loi-type CNUDCI de 1985 énonce pour la majorité de ses provisions qu'elles ne

loi-type CNUDCI, de nombreux états ont consacré la liberté de l'arbitre de procéder à l'arbitrage comme il l'entend lorsque les parties restent silencieuses⁹³. L'arbitre est donc maître de l'attitude qu'il adopte vis-à-vis du contenu du droit applicable. Face à cette liberté, il est permis de croire que l'arbitre sera influencé par la tradition juridique dont il émane. Comme l'écrivent V. ÖHLBERGER et J. PINKSTON, « *the cultural starting point for any lawyer remains quite important with regard to how that lawyer will begin to interact with new, unknown legal systems and concepts* »⁹⁴.

L'exercice d'un tel pouvoir a une importante incidence sur le déroulement du procès ainsi que sur les droits de la défense. Pour cette raison, jurisprudence et doctrine sont intervenues afin d'en préciser l'étendue et de contraindre l'arbitre à observer le principe du contradictoire. Par conséquent, selon la *lex arbitri* applicable au litige, les contours de l'office arbitral peuvent être distincts d'un État à l'autre, suivant la conception que ces derniers retiennent de l'adage *Iura Novit Arbitrator*.

En résumé, si l'application de l'adage n'est pas contestée en soi, « *the only question was whether to know if the principle is applied correctly and fairly* »⁹⁵.

Sous-section 2. En théorie : un double enjeu

Avant d'envisager les solutions retenues au sein des deux grandes traditions juridiques, arrêtons-nous sur le double enjeu qu'entraîne la maxime. De façon théorique, certains avancent que l'arbitre a l'obligation de soulever les motifs de droit alors que d'autres estiment qu'il s'agit pour lui seulement d'une faculté (A). Dans tous les cas, les États imposent à l'arbitre d'observer le principe du contradictoire mais divergent sur le degré d'exigence de celui-ci (B).

A. Devoir ou pouvoir ?

Selon la doctrine, il existe principalement deux approches. La première est que la maxime *Iura Novit Arbitrator* constitue uniquement une option pour l'arbitre⁹⁶. En d'autres termes, il ne peut se voir imposer l'obligation de soulever tous les moyens de droit. Il s'agit d'une faculté qui lui est réservée lorsque l'argumentation des parties est insuffisante ou non

s'appliquent que dans les cas où le lieu de l'arbitrage se situe au sein des frontières de l'État. La détermination du lieu de l'arbitrage est également fixée par les parties et à défaut, par le tribunal arbitral comme le précise l'article 20 (1) de la loi-type CNUDCI repris ensuite par l'article 1701, §1er du Code judiciaire belge.

⁹³ Article 19 de la loi-type CNUDCI cité *supra*.

⁹⁴ V. ÖHLBERGER et J. PINKSTON, « Chapter II: The Arbitrator and the Arbitration Procedure, *Iura Novit Curia and the Non- Passive Arbitrator: A Question of Efficiency, Cultural Blindness and Misplaced Concerns About Impartiality* », in *Austrian Yearbook on International Arbitration 2016*, sous la direction de C. Klausegger, Vienne, International arbitration blog, 2016, p. 103.

⁹⁵ C. P. ALBERTI et D. BIGGE, « Ascertaining the content of the applicable law and *iura novit tribunus*: approaches in commercial and investment arbitration », *op.cit.*, p. 4.

⁹⁶ M. SALAHUDINE ABDEL WAHAB, « *Iura Novit Arbitrator* in International Commercial Arbitration: The Known Unknown », *op.cit.*, p. 14.

pertinente. Cette conception flexible se justifie par le fait que l'arbitre est amené à connaître d'une multitude de droits et qu'il ne sait acquérir la maîtrise de chacun d'eux⁹⁷.

Suivant la seconde approche, « (...) *iura novit arbiter is an obligation on the arbitrators, whereby they are bound to research the law and apply relevant legal principles and rules, irrespective of the parties' submissions and analyses* »⁹⁸. Selon M. KURKELA, cette position se justifie par le fait que les arbitres ont pour mission de dire le droit et que pour ce faire, ils doivent rechercher la solution qui prévaut sur base du droit applicable au litige. Selon l'auteur il s'agit d'une garantie de l'accès à une justice efficace et équitable⁹⁹. Cette position nous semble critiquable à plusieurs égards compte tenu de la nature particulière de l'arbitrage international. Premièrement, il ne faut pas nécessairement être juriste et donc par-là avoir été éduqué au droit pour être désigné arbitre. Ensuite, même en tant que juriste, l'arbitre peut être amené à explorer un droit étranger dont il ignore tout suivant le choix des parties. Enfin, même s'il est familier avec le droit applicable, il peut ne pas avoir (ou bien très peu) de connaissances de la matière précise qui gouverne le litige¹⁰⁰. Partant, une telle obligation aurait pour effet non seulement d'allonger la durée voir le coût de la procédure mais aussi d'entraîner l'arbitre à commettre une erreur de droit puisque « *cette situation croît le risque que les praticiens impliqués dans la procédure arbitrale soient confrontés à des points de droit dont ils ne sont pas familiers* »¹⁰¹.

B. Le respect du contradictoire

Au cœur des droits de la défense¹⁰², le principe du contradictoire est considéré comme une des clefs de voûte des systèmes juridiques modernes garantissant l'accès à un procès équitable¹⁰³. La Cour européenne des droits de l'homme considère que le principe du contradictoire « *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*

⁹⁷ M. SALAHUDINE ABDEL WAHAB, « *Iura Novit Arbiter in International Commercial Arbitration: The Known Unknown* », *op.cit.*, p. 15.

⁹⁸ M. SALAHUDINE ABDEL WAHAB, « *Iura Novit Arbiter in International Commercial Arbitration: The Known Unknown* », *op.cit.*, p. 15.

⁹⁹ M. KURKELA, *Jura Novit Curia and the Burden of Education in International Arbitration – A Nordic Perspective*, 21(3), ASA Bull. 287 et seq., 2003, p. 13.

¹⁰⁰ P. CAPPER, « Chapter 3. Proving the Contents of the Applicable Substantive Law(s) », *op.cit.*, p. 38.

¹⁰¹ P. CAPPER, « Chapter 3. Proving the Contents of the Applicable Substantive Law(s) », *op.cit.*, p. 38.

¹⁰² Voy. à ce propos J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, note sous Cass., 9 mai 2008, *J.T.*, 2008, p. 724 : « *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* ». La Cour de cassation belge suit l'enseignement de l'auteur dans un arrêt du 7 novembre 2012, *Pas.*, 2012, p. 2167 où celle-ci considère qu'« *il n'existe pas de principes généraux du droit dits « de l'égalité des armes » et « du contradictoire » qui se distingueraient de ceux relatifs au respect des droits de la défense et du droit au procès équitable* ».

¹⁰³ G. DE LEVAL et F. GEORGES, *Droit judiciaire : institutions judiciaires et éléments de compétence*, *op.cit.*, p. 39.

indépendant, en vue d'influencer sa décision, et de la discuter »¹⁰⁴. Dans le cadre de la présente contribution, nous n'envisagerons l'implication du principe qu'au regard de la procédure d'arbitrage, dont il est traditionnellement enseigné qu'il constitue un principe clef¹⁰⁵. Le droit français a lui aussi confirmé l'application du principe à la procédure arbitrale¹⁰⁶.

Comme nous l'avons exposé plus haut, le tribunal arbitral peut être amené à jouer un rôle actif face aux moyens de droit. Ce faisant, il doit cependant veiller à observer le principe du contradictoire afin d'éviter de surprendre les parties qui n'auraient pas pu se prononcer sur les moyens de droit avancés par le tribunal arbitral¹⁰⁷. Ainsi, en qualité de « *garant et artisan de la contradiction* »¹⁰⁸, l'arbitre doit être vigilant lorsque qu'il requalifie un moyen de droit car « *le changement de fondement peut entraîner des conséquences importantes au niveau de la preuve, des conditions d'application de la règle ou encore de l'évaluation des demandes* »¹⁰⁹. Le tribunal arbitral est tenu de permettre aux parties de s'exprimer sur ces conséquences juridiques nouvelles. S'il ne le fait pas, sa sentence risque d'être annulée ou se voir refuser l'exequatur même si en pratique, « *les décisions publiées montrent que ce grief est cependant rarement couronné de succès* »¹¹⁰.

De façon générale, on notera que c'est donc l'extrême prudence ainsi que l'application « *spontanée* » du contradictoire qui doit guider le tribunal arbitral¹¹¹. Cette exigence doit

¹⁰⁴ S. VAN DROOGHENBROECK, « 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 ; Voy. en particulier : Cour eur. D.H., 23 juin 1993, *Ruiz Mateos c/ Espagne* et Cour eur. D.H., 24 novembre 1997, *Werner c/ Autriche* ; En droit belge, le principe du contradictoire n'a pas été codifié mais constitue un principe général de droit. À l'inverse, en droit français, l'article 16 du Nouveau Code de Procédure Civile prévoit que « *le juge doit, en toute circonstance, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction* ». Le texte français est particulièrement illustrant car il permet de mettre en exergue le fait que le devoir de contradiction vaut aussi bien à l'égard des parties que pour le juge.

¹⁰⁵ B. HANOTIAU, « Le principe du contradictoire devant les tribunaux arbitraux », note sous Bruxelles, 25 septembre 1997, *J.T.*, 1998, p. 312 ; B. HANOTIAU et O. CAPRASSE, « Les droits de la défense dans la procédure arbitrale », *R.C.J.B.*, 2010, p. 453 ; Voy. l'article 18 de la loi-type CNUDCI : « *Les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits* » et l'article V de la Convention de New-York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères conclue à New-York le 10 juin 1958.

¹⁰⁶ Article 1502 du Nouveau Code de Procédure Civile français ; Cour d'appel de Paris du 14 juin. 2007, *Rev. Arb.*, 2007, p. 644.

¹⁰⁷ C. KESSEDJIAN, « Principe de la contradiction et arbitrage », *Rev. arb.*, 1995, p. 409 ; La même solution prévaut devant le juge étatique, voy. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Faire l'économie de la contradiction ? », note sous Cass., 29 septembre 2011, *R.C.J.B.*, 2013, p. 207.

¹⁰⁸ H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t.3, Sirey, Paris, 1991, p. 120 cité par G. DE LEVAL, *op.cit.*, p. 43.

¹⁰⁹ H. BOULARBAH, « Brèves considérations sur la nécessaire complémentarité entre l'adage *iura novit curia* et le principe du contradictoire », *op.cit.*, p. 60.

¹¹⁰ B. HANOTIAU et O. CAPRASSE, « Arbitrability, Due Process, and Public Policy Under Article V of the New York Convention », *J. Int. Arb.*, 2008, p. 720 et s. ; H. VERBIST, « Challenges on ground of Due Process Pursuant to Article V (1) (b) of the New York Convention », in *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards – The New-York Convention in practice*, Cameron May, 2008, p. 678 cité par B. HANOTIAU et O. CAPRASSE, « Les droits de la défense dans la procédure arbitrale », *op.cit.*, p. 457.

¹¹¹ H. BOULARBAH, « Brèves considérations sur la nécessaire complémentarité entre l'adage *iura novit curia* et le principe du contradictoire », *op.cit.*, p. 61.

toutefois être conciliée avec le principe de célérité inhérent à l'arbitrage¹¹². Partant, la mise en balance de ces intérêts a fait naître diverses conceptions du contradictoire « *dont les règles qui en forment le contenu vont éventuellement varier d'une culture juridique à une autre* »¹¹³.

Pour chaque État analysé, nous conserverons la même structure: nous envisagerons d'abord l'adage tel qu'il a été réceptionné au sein de l'ordre juridique pour ensuite détailler le devoir de contradiction qu'il implique pour l'arbitre.

Section 2. *Iura Novit Arbiter* et la tradition civiliste

Sous-section 1. Le droit belge et français

Au sein de la sixième partie du Code judiciaire belge, tout comme dans le Code de procédure civile français, il n'y a pas de référence expresse à l'adage selon lequel le tribunal arbitral connaîtrait le droit (*Iura Novit Arbiter*). Toutefois, l'enjeu a été consacré aussi bien par la jurisprudence que la doctrine.

A. Devoir ou pouvoir ?

A.1. La distinction entre moyen supplétif et d'ordre public

En droit belge, le rôle actif de l'arbitre face aux moyens de droit a été promu. Plus précisément, il est admis que l'arbitre a le pouvoir de requalifier la demande des parties ou bien de soulever un moyen de droit auxquelles elles n'auraient pas pensé. Ce pouvoir se change en devoir lorsque l'arbitre fait face à un moyen de droit d'ordre public : il a l'obligation de soulever celui-ci sous peine de voir sa sentence annulée¹¹⁴. Cette exigence vaut aussi bien dans les litiges internes qu'internationaux comme l'a confirmé la CJUE dans un arrêt *Eco Swiss*¹¹⁵. La même solution semble prévaloir en droit français où S. BESSON et J.-F. POUDRET estiment que « *la non-application du droit par l'arbitre ne saurait en aucun cas justifier l'annulation de sa sentence, sous réserve des lois de police* »¹¹⁶. Il n'a donc pas l'obligation de soulever les moyens de pur droit qui ne sont pas d'ordre public¹¹⁷.

¹¹² O. CAPRASSE, « L'instance arbitrale et le temps », *L'arbitre et le juge étatique – Etudes de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia*, A. Saletti, J. van Compernelle et J.F. van Drooghenbroeck (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 25.

¹¹³ C. KESSEDJIAN, « Principe de la contradiction et arbitrage », *op.cit.*, p. 387 cité par B. HANOTIAU et O. CAPRASSE, Les droits de la défense dans la procédure arbitrale, *op.cit.*, p. 457.

¹¹⁴ H. BOULARBAH, « Brèves considérations sur la nécessaire complémentarité entre l'adage *iura novit curia* et le principe du contradictoire », *op.cit.*, p. 57.

¹¹⁵ C.J.C.E., 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss*, *Rev. Arb.*, 1999, pp. 630 et s., note L. IDOT.

¹¹⁶ S. BESSON et J.-F. POUDRET, Droit comparé de l'arbitrage international, LGDJ, p. 235, n°558.

¹¹⁷ Le moyen de pur droit « *n'exige l'appréciation d'aucun fait non déduit devant le juge du fond* », c'est donc le moyen qui résulte de faits spécialement invoqués sans que le juge ait à apprécier ces derniers: le moyen se trouve dans la demande.

Un tel régime juridique se justifie par le fait que seule la non-application d'un moyen de droit d'ordre public constitue une cause d'annulation de la sentence en vertu de l'article 1717 du Code judiciaire. Toutefois, dans son contrôle du respect de l'ordre public, le juge ne peut connaître du fond de l'affaire. En pratique, cela a posé quelques discussions, divisant la doctrine en deux courants. Certains ont mis en avant le fait que le contrôle par le juge doit être minimaliste et que partant « *il doit se contenter de vérifier la conformité apparente de la solution du litige à l'ordre public à partir du filtre que constitue la sentence* »¹¹⁸. D'autres ont insisté sur le fait que le contrôle du juge devait être un contrôle en droit afin d'éviter qu'il n'agisse que de façon superficielle¹¹⁹. Dans tous les cas, le juge civil ne peut se contenter de contrôler le dispositif et doit « (...) *vérifier l'adéquation de la situation créée par la sentence et aux objectifs poursuivis par la loi de police* »¹²⁰.

Inversement, si l'arbitre omet de soulever un moyen de droit supplétif, il ne verra pas sa sentence annulée. Ce qui signifie que (...), *l'erreur de droit, commise par le tribunal arbitral n'est pas une cause d'annulation ou de refus d'exequatur de la sentence* »¹²¹. Cette solution s'explique également par la volonté d'établir une conception souple et pragmatique du principe *Iura Novit Curia* à l'égard de l'arbitre. En effet, ce dernier peut être amené à connaître d'un nombre élevé de droits dont il est (peut-être) totalement étranger sans possibilité de retomber sur sa *lex fori*¹²². Enfin, il est important de noter que dans le cadre de sa mission, « *l'arbitre est seul* » comme le rapporte Th. CLAY¹²³. Cela signifie qu'il ne peut requérir d'aide d'autres autorités pour déterminer le contenu du droit applicable. Par exemple, il ne peut pas poser de question préjudicielle à la Cour de Justice de l'Union européenne. Face à cette solitude, il est admis que l'arbitre n'a pas le devoir de déterminer la totalité du contenu du droit applicable.

Alors que la distinction paraissait pourtant bien acquise, la Cour d'appel de Bruxelles a rendu un arrêt du 3 décembre 2012 pour le moins troublant. Celle-ci compare l'office de l'arbitre à celui du juge étatique dont il est admis qu'il doit soulever « *tous les moyens de droit dont l'application est commandée par les faits spécialement allégués par les parties* »¹²⁴. Elle retient donc une conception plus littérale de l'adage *Iura Novit Curia* puisque, selon elle, l'arbitre n'est plus tenu de soulever uniquement des moyens d'ordre public. Selon P. LEFEBVRE et M. SERVAIS, il est nécessaire que l'arbitre soit contraint de soulever également des moyens de droit supplétifs alors même qu'aucune sanction ne pourrait être déclenchée. Ils

¹¹⁸ B. HANOTIAU et O. CAPRASSE, « l'annulation des sentences arbitrales », *op.cit.*, p. 418 ; Cass. fr. 20 févr. 1991, *S.I.C.A. Veradour*, *Rev. Arb.* 1991, p. 447, note L. IDOT.

¹¹⁹ CH. SERAGLINI, note sous Paris, 14 juin 2001, *s.a. André*, *Rev. Arb.*, 2001, p. 800.

¹²⁰ CH. SERAGLINI, *ibidem*, p. 801 cité par B. HANOTIAU et O. CAPRASSE, « l'annulation des sentences arbitrales », *op.cit.*, p. 418. En ce sens, voy. Civ. Bruxelles, 13 mars 1992, *Act. Dr. Liège*, 1992, p. 1377.

¹²¹ C. CHAINAIS, l'arbitre, le droit et la contradiction : l'office du juge arbitral à la recherche de son point d'équilibre, *op.cit.*, p. 23.

¹²² C. CHAINAIS, l'arbitre, le droit et la contradiction : l'office du juge arbitral à la recherche de son point d'équilibre, *op.cit.*, p. 23.

¹²³ TH. CLAY, *L'arbitre*, Dalloz, Paris, nouv. bibl. Th., 2000, n°225.

¹²⁴ Cass., 14 avril 2005, n° C. 03.0148.F.

justifient leur argument par le fait qu'une telle obligation se révèle nécessaire afin d'« éviter que l'arbitrage soit maintenu à une justice de second rang »¹²⁵.

A.2. Les moyens issus de normes simplement impératives : évolution

En ce qui concerne les moyens de droit d'ordre public, il n'y a nul doute que l'arbitre soit contraint de les soulever car il ne pourrait « rendre une sentence qui serait contraire à l'ordre public (...) même s'il n'est pas gardien de l'ordre public tel que l'est le juge étatique »¹²⁶. Subsiste toutefois un doute concernant les normes simplement impératives. Il est traditionnellement admis que l'ordre public se rapporte à l'intérêt public, alors que la loi impérative protège des intérêts privés¹²⁷. Une fraction de la doctrine propose pourtant de revoir la distinction parce que la notion d'ordre public est floue¹²⁸ et que « (...) les dispositions impératives obéissent elles aussi, mais dans une moindre mesure, à des préoccupations d'intérêt général »¹²⁹. Selon L. MATRAY et P. MARTENS, « la différence essentielle entre les lois impératives et les lois d'ordre public porte sur la durée de la protection légale mais non sur la nature de celle-ci. Il en résulte que si une loi impérative est transgressée pendant la durée de la protection légale, cette transgression sera frappée de nullité pour des motifs qui tiennent à l'ordre public »¹³⁰. La distinction entre les deux types de règle semble également se réduire aux yeux de la Cour de justice de l'Union européenne.

En effet, la CJUE dans son arrêt Pannon¹³¹, impose au juge national « d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle (...) » sur base de l'article 6 de la directive 93/13/CEE que la Cour considère comme étant une disposition impérative. Plus récemment et au-delà du domaine de la protection des consommateurs, la CJUE est intervenue dans un arrêt Unamar afin de déterminer si un juge pouvait écarter la loi applicable (d'un État membre) au profit de sa *lex fori* lorsque celle-ci est contraire à une règle impérative de ce droit du for. Alors qu'il est traditionnellement enseigné qu'une norme de droit étranger est écartée si l'application de celle-ci elle est manifestement incompatible avec une norme d'ordre public¹³², la Cour de justice autorise la juridiction à écarter la norme choisie par les parties en faveur de

¹²⁵ P. LEFEBVRE et S. SERVAIS, « Vers une conception large de l'ordre public à l'instar de la portée qui lui est conférée dans le cadre de l'annulation de sentences arbitrales », *b-arbitra*, 2014, p. 42.

¹²⁶ P. LEVEL « Brèves réflexions sur l'office de l'arbitre », *op.cit.*, p. 269.

¹²⁷ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 340.

¹²⁸ La portée de la notion d'ordre public diverge en fonction de la branche du droit dans laquelle on se situe, il est donc difficile d'en saisir exactement le contenu.

¹²⁹ J. DE CONINCK, « De toetsing van een overeenkomst aan de openbare orde naar Belgisch recht », in *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Intersentia, Brussel, Gent, p. 197.

¹³⁰ L. MATRAY et P. MARTENS, « Arbitrage et ordre public interne », *Rev. Arb.*, 1978, p. 103 cité par B. HANOTIAU et O. CAPRASSE, « L'annulation des sentences arbitrales », *op.cit.*, p. 418.

¹³¹ CJUE 4 juin 2009, Pannon, C-243/08 et voy également dans le même sens CJUE 26 octobre 2006, Elisa Maria Mostaza Claro v. Centro Movil Milenium SL, aff. C-168/05.

¹³² Article 21 CODIP belge.

la *lex fori* si l'application de cette loi impérative est considérée comme cruciale par le législateur de l'État du for¹³³.

Comme le remarquent P. LEFEBVRE et M. SERVAIS, la CJUE fournit aux juges nationaux une méthodologie à suivre : à présent, le droit étranger pourra être écarté au profit d'une loi impérative du for lorsque celle-ci a été adoptée « *en vue de protéger un intérêt jugé essentiel par l'État concerné, crucial pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, social ou économique* »¹³⁴. Dans son appréciation le juge devra tenir compte de « *l'économie générale et de l'ensemble des circonstances dans lesquelles ladite loi a été adoptée* »¹³⁵. Ce faisant, la Cour aurait-elle mis un terme à la distinction entre ordre public et droit impératif¹³⁶?

A.3. Impact sur l'office du juge et celui de l'arbitre

Si l'on considère que la Cour a tendance à assimiler ces notions, quel impact cela a-t-il sur l'office de juge étatique ? Concernant les faits spécialement invoqués, cela ne change rien car il est tenu, comme l'a affirmé la Cour de cassation, de soulever tous les moyens de droit, qu'ils soient d'ordre public, impératifs ou supplétifs. Concernant les faits non spécialement invoqués, la Cour de cassation considère que le juge doit soulever non seulement les moyens d'ordre public et les moyens pris de la violation d'une règle impérative issus de faits adventices considérant que « *la distinction entre les dispositions impératives et les dispositions d'ordre public n'est plus absolue en droit matériel, (...)* »¹³⁷. Quoi qu'il en soit, voici à nouveau l'expression, cette fois en droit interne, du rapprochement entre ces deux notions.

De la même manière, certains auteurs ont opté pour la solution du droit français qui distingue l'ordre public politique et moral de l'ordre public économique et social. Selon O. CAPRASSE et B. HANOTIAU, l'ordre public politique et moral poursuit la protection des intérêts économiques supérieurs alors que l'ordre public économique et social protège des intérêts privés et comprend donc des règles impératives¹³⁸. De cette façon, sous la dénomination « ordre public » se retrouvent également certaines règles dites impératives mais qui poursuivent au fond une préoccupation d'intérêt général.

¹³³ CJUE 17 Octobre 2013, United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV v. Navigation Maritime Bulgare, C-184/12, n°41-42.

¹³⁴ P. HOLLANDER, « L'arrêt Unamar de la Cour de justice : une bombe atomique sur le droit belge de la distribution commerciale ? », *J.T.*, 2014, p. 299, cité par P. LEFEBVRE et S. SERVAIS, « Vers une conception large de l'ordre public à l'instar de la portée qui lui est conférée dans le cadre de l'annulation de sentences arbitrales », *op.cit.*, p.332.

¹³⁵ P. HOLLANDER, *ibidem*, p. 299.

¹³⁶ P. LEFEBVRE et S. SERVAIS, « Vers une conception large de l'ordre public à l'instar de la portée qui lui est conférée dans le cadre de l'annulation de sentences arbitrales », *op.cit.*, p. 346.

¹³⁷ Cass., 28 octobre 2013, *JTT*, 2014, liv. I, p. 1175.

¹³⁸ B. HANOTIAU et O. CAPRASSE, « L'annulation des sentences arbitrales », *JT*, 2004, p. 417.

L'impact est non négligeable pour l'arbitre étant donné que s'il venait à ne pas soulever ces règles impératives, sa sentence pourrait être annulée. Ainsi, le Professeur CAPRASSE écrit que « *si l'arbitre viole une disposition impérative à laquelle les parties n'ont pas valablement renoncé, sa sentence encourra la censure au titre de la violation de l'ordre public* »¹³⁹. Cette situation n'est donc pas nécessairement réjouissante pour l'arbitre dont la tâche se voit alourdie d'obligations supplémentaires alors que, comme nous l'avons déjà détaillé, il est peut être totalement étranger au droit choisi par les parties sans possibilité de revenir à son propre droit, puisqu'il n'a pas de for. Il nous semble donc que le lourd devoir reposant sur le juge accompagné du risque (plus) élevé d'annulation des sentences entraînera une insécurité juridique importante.

B. Le respect du contradictoire

B.1. En droit belge

Le tribunal arbitral dont le siège se trouve en Belgique se voit contraint d'observer le principe du contradictoire, comme le confirme l'article 1699 du Code judiciaire¹⁴⁰. Au fil du temps, les contours de cette obligation ont varié entre la volonté de ne pas surprendre les parties et celle d'observer le principe de célérité¹⁴¹.

Suivant la théorie du moyen dans la cause, la Cour d'appel de Bruxelles a pu considérer que « *l'arbitre n'était pas tenu de rouvrir les débats si la requalification était la suite logique du moyen déjà soulevé par l'une des parties* »¹⁴². Cette solution n'a pas convaincu la Cour de cassation qui a cassé l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Bruxelles¹⁴³. Suite à cette décision, une partie de la doctrine a pris la plume afin de se prononcer en faveur d'un devoir plus exigeant de l'arbitre afin d'éviter qu'il ne surprenne les parties et voit sa sentence annulée.

Ainsi est apparue la théorie du « moyen nécessairement dans la cause » selon laquelle l'arbitre n'est pas tenu de rouvrir les débats « *lorsqu'il fonde sa décision sur des éléments dont les parties pouvaient s'attendre au vu du déroulement des débats (...)* »¹⁴⁴. Le critère sous-jacent est celui de la prévisibilité. Du moment que l'arbitre ne prend pas les parties par surprise, il serait dispensé de rouvrir les débats. Alors qu'il paraît raisonnable en théorie, que signifie, en

¹³⁹ B. HANOTIAU et O. CAPRASSE, *ibidem*, p. 418.

¹⁴⁰ Projet de loi modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, Exposé des Motifs, Doc. Parl. Chambre 2012-2013, n°53-2743/1, p. 27 ; Voy. sur ce point D. MATRAY et G. MATRAY, « La conduite de la procédure arbitrale sous l'empire du nouveau droit belge de l'arbitrage », *b-arbitra*, 2014, p. 86.

¹⁴¹ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, p. 617.

¹⁴² Bruxelles, 25 septembre 1997, *J.T.*, 1998, p. 312, note B. HANOTIAU, voy. H. BOULARBAH, « Brèves considérations sur la nécessaire complémentarité entre l'adage *iura novit curia* et le principe du contradictoire », *op.cit.*, p. 63.

¹⁴³ Cass., 20 mai 1999, R.G. C. 98.0098F, inédit.

¹⁴⁴ Cass., 29 septembre 2011, *Pas.*, 2011, p. 2107.

pratique, « être prévisible » ? Le concept est équivoque et « *dépend de la conception étroite ou large que l'on se fait de l'imprévisibilité* »¹⁴⁵.

Comme le souligne H. BOULARBAH, il existe plusieurs conceptions opposées de ce que constitue le degré suffisant de prévisibilité et « (...) *la frontière est particulièrement délicate à tracer* »¹⁴⁶. Détaillons.

Premièrement, lorsqu'il s'agit uniquement de contrôler les conditions d'application d'une règle discutée entre les adversaires, il est admis que la dette de contradiction de l'arbitre s'efface¹⁴⁷. Ainsi, par exemple, lors du contrôle des conditions d'application de l'article 1382 du Code civil invoqué par une des parties, l'arbitre qui constate le défaut de lien de causalité peut rejeter la demande sur cette base sans que l'adversaire ne l'ait requis¹⁴⁸.

Deuxièmement, il est depuis longtemps acquis que le juge, et par prolongement l'arbitre, est tenu de rouvrir les débats lorsqu'il requalifie les prétentions des parties. Par requalifier, on entend « *substituer une nouvelle règle de droit à celle dont les parties ont débattue* »¹⁴⁹. À titre d'exemple, la Cour de cassation considère que le juge qui projette de requalifier le contrat qui unit les parties doit en avertir les parties sous peine de les surprendre¹⁵⁰. Pareillement, la Cour de cassation considère que la requalification d'une condition suspensive en condition résolutoire sans permettre aux parties d'en débattre viole les droits de la défense¹⁵¹. Le fait que la requalification « *constitue la suite logique d'un moyen soulevé par une partie* » est sans incidence sur le devoir de contradiction du tribunal arbitral¹⁵².

Troisièmement, il arrive, même s'il est plus rare, que les parties ne qualifient pas en droit leurs prétentions. Dans ce cas, la Cour de cassation admet que « *le juge peut appliquer le fondement juridique approprié sans devoir le soumettre à la contradiction* »¹⁵³. Cette position se justifie par le fait qu'une partie ne peut se prévaloir de sa propre inertie.

¹⁴⁵ H. BOULARBAH, « Brèves considérations sur la nécessaire complémentarité entre l'adage *iura novit curia* et le principe du contradictoire », *op.cit.*, p. 64 ; Voy également la décision du Tribunal fédéral suisse, 130 III 35, ASA Bulletin 2005/1, cons. 5. « *Ce qui est imprévisible est une question d'appréciation (...)* »

¹⁴⁶ H. BOULARBAH, « Brèves considérations sur la nécessaire complémentarité entre l'adage *iura novit curia* et le principe du contradictoire », *op.cit.*, p. 64.

¹⁴⁷ H. BOULARBAH, « Brèves considérations sur la nécessaire complémentarité entre l'adage *iura novit curia* et le principe du contradictoire », *op.cit.*, p. 65.

¹⁴⁸ Cass., 12 octobre 2006, *Pas.*, 2006, p. 2030.

¹⁴⁹ H. BOULARBAH, « Brèves considérations sur la nécessaire complémentarité entre l'adage *iura novit curia* et le principe du contradictoire », *op.cit.*, p. 68.

¹⁵⁰ Cass., 26 juin 1995, n° C.94.0255.N ; Cass., 22 mars 2012, n° C. 11. 0551.N, *Pas.*, 2012, I, n°192.

¹⁵¹ Cass., 20 mai 1999, R. G. C. 98.0098F, inédit.

¹⁵² B. HANOTIAU et O. CAPRASSE, « Les droits de la défense dans la procédure arbitrale », *op.cit.*, p. 460.

¹⁵³ Cass., 16 février 2007, *J.T.*, 2008, p. 173, obs. J.-F. VAN DROOGHENBROEK, « Pour les droits de la défense aussi: *iura vigilantibus* », *J.T.*, 2008, pp. 173-174. H. BOULARBAH, « Brèves considérations sur la nécessaire complémentarité entre l'adage *iura novit curia* et le principe du contradictoire », *op.cit.*, p. 69.

Enfin, selon le Professeur J.-F. VAN DROOGHENBROEK, il existerait des moyens prévisibles, c'est-à-dire des moyens que le juge relève d'office qui sont « *à ce point proches du débat noué par les parties que celles-ci auraient raisonnablement pu et dû prévoir cette initiative, en sorte qu'elles n'ont pas à se plaindre du caractère subreptice de celle-ci* »¹⁵⁴. Ainsi, la Cour a pu considérer qu'il était suffisant que le défendeur ait invoqué le comportement déloyal de son adversaire dans ses conclusions pour que le juge fonde sa décision sur la mauvaise foi (en tant que moyen prévisible) de ce dernier sans rouvrir les débats¹⁵⁵.

À l'inverse, en matière d'arbitrage, la Cour d'appel de Bruxelles a retenu une conception plus stricte du contradictoire, s'éloignant ainsi de la théorie des moyens dits « prévisibles ». *In casu*, le tribunal arbitral avait soulevé d'office le défaut d'intérêt légitime du demandeur à agir parce qu'il n'appuyait pas sa demande en paiement par des factures¹⁵⁶. Par ailleurs, les conclusions du défendeur faisaient état de l'absence des factures. Le tribunal arbitral a considéré que le moyen soulevé d'office était prévisible en application de la récente jurisprudence de la Cour de cassation¹⁵⁷. Allant dans le sens inverse, la Cour d'appel a pourtant conclu qu'un tel comportement constituait une violation du principe du contradictoire et a décidé d'annuler la sentence. Ce faisant, la solution adoptée par la Cour d'appel s'éloigne de la théorie du moyen prévisible pour revenir à une conception plus stricte du contradictoire à l'image de celle qui prévaut en droit français.

B. 2. En droit français

En matière de contradiction, le droit français a également connu une importante évolution. Abandonnant la théorie du moyen dans la cause, la jurisprudence française s'est prononcée en faveur d'un devoir de contradiction strict de la part de l'arbitre. Une succession d'arrêts de la Cour d'appel de Paris ainsi que de la Cour de cassation se sont prononcés en faveur du principe du contradictoire.

À titre d'exemple, en 2011, la Cour de cassation a confirmé un arrêt de la Cour d'appel de Paris qui avait annulé une sentence pour non-respect du contradictoire, le tribunal arbitral ayant requalifié juridiquement l'objet de la demande sans avoir laissé aux parties l'opportunité de s'exprimer sur ce revirement. En l'espèce, le tribunal arbitral « *avait accordé une indemnisation, non pas sur base d'une perte de gain, comme postulé par le demandeur à*

¹⁵⁴ J.-F. VAN DROOGHENBROEK, « Faire l'économie de la contradiction ? », note sous Cass., 29 septembre 2011, *R.C.J.B.*, 2013, p. 222, n°20 cité par H. BOULARBAH, « Brèves considérations sur la nécessaire complémentarité entre l'adage *iura novit curia* et le principe du contradictoire », *op.cit.*, p. 66.

¹⁵⁵ Cass., 5 octobre 2012, *R.W.*, 2012-2013, p. 1337, note R. HOUBEN.

¹⁵⁶ Bruxelles, 22 avril 2014, *R.W.*, 2015-2016, p. 20, note B. VAN DEN BERGH.

¹⁵⁷ H. BOULARBAH, « Brèves considérations sur la nécessaire complémentarité entre l'adage *iura novit curia* et le principe du contradictoire », *op.cit.*, p. 68.

l'arbitrage, mais à titre de perte d'une chance »¹⁵⁸. L'on pressent immédiatement qu'indemniser une certitude n'est pas équivalent à indemniser une probabilité et qu'il s'agit de « *deux notions juridiques différentes qui déterminent la mise en œuvre de règles de calcul différentes* » sur lesquelles les parties doivent pouvoir soumettre leurs arguments¹⁵⁹. À défaut, le tribunal arbitral surprendrait les parties, ce qui viole le principe du contradictoire.

Il est important d'apercevoir qu'à l'inverse du droit belge, le droit français retient une conception plus étroite de la notion de « prévisibilité ». Ainsi, toutes les fois où le juge (et *a fortiori* l'arbitre) soulève un moyen de droit non invoqué par les parties, il y a potentiellement imprévisibilité pour les parties selon H. MOTULSKY¹⁶⁰. Dès lors, pour respecter les droits de la défense, le juge et l'arbitre sont tenus de rouvrir les débats pour éviter la surprise.

La dette de contradiction de l'arbitre s'est petit à petit façonnée *via* les nombreux arrêts rendus par les Cours et Tribunaux français. En 2008, la Cour d'appel de Paris a déclaré « *que devait être soumis à la contradiction un moyen de droit relevé d'office qui serait lui-même tiré d'une violation de la contradiction* »¹⁶¹. Expliquons-nous. Dans cette affaire, un mémoire en réplique avait été déposé tardivement. Partant, il avait été déclaré irrecevable pour non-respect du contradictoire par le tribunal arbitral¹⁶². Or cette décision d'irrecevabilité, le tribunal arbitral l'avait prise sans avoir concerté les parties. Dès lors, la Cour d'appel a considéré qu'étant donné qu'un moyen de droit relevé d'office (la décision d'irrecevabilité du mémoire) n'avait pas été soumis à la contradiction, il convenait d'annuler la sentence¹⁶³.

La décision prise par la Cour d'appel de Paris diffère de la jurisprudence française relative au juge étatique. Il est traditionnellement enseigné que lorsque le juge écarte des conclusions tardives, il ne doit pas soumettre sa décision à la contradiction des parties¹⁶⁴. Ainsi, il ne doit pas s'inquiéter des éventuelles conséquences que le dépôt tardif aurait pu avoir sur le déroulement du procès. Selon C. CHAINAIS, cette solution est regrettable car « *le juge est dispensé de soumettre sa propre initiative à la contradiction au moment précis où il intervient pour faire respecter la contradiction par les parties. Tout se passe comme si les parties ne méritaient plus de bénéficier de la contradiction faute de ne pas l'avoir respectée* »¹⁶⁵. D'après

¹⁵⁸ H. BOULARBAH, « Brèves considérations sur la nécessaire complémentarité entre l'adage *iura novit curia* et le principe du contradictoire », *op.cit.*, p. 62.

¹⁵⁹ C. CHAINAIS, note sous Cass., 29 juin 2011, *Rev. Arb.*, 2011, p. 463, n°47.

¹⁶⁰ H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense », *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Paris, Dalloz, t. II, 1961, p. 177.

¹⁶¹ C. CHAINAIS, « l'arbitre, le droit et la contradiction : l'office du juge arbitral à la recherche de son point d'équilibre », *op.cit.*, pp. 38-39.

¹⁶² Article 135 du Code de procédure civile français.

¹⁶³ Paris, 1^{er} Ch. C. 16 octobre 2008, p. 105.

¹⁶⁴ Cass., civ., 2^e, 11 mars 1992, JCP, 1992, IV 156, n°1432.

¹⁶⁵ C. CHAINAIS, « l'arbitre, le droit et la contradiction : l'office du juge arbitral à la recherche de son point d'équilibre », *op.cit.*, p. 40.

l'auteur, le juge devrait, avant de se prononcer sur l'irrecevabilité, laisser aux parties l'opportunité de s'exprimer sur la décision qu'il entend adopter.

Sur ce point, la solution retenue par le droit belge ne donne pas lieu à une telle discussion. En vertu de l'article 747, §2, alinéa 6 du Code judiciaire, les conclusions déposées tardivement sont écartées d'office des débats. Confirmé par un arrêt de la Cour de cassation du 12 février 2009, le juge a l'obligation de les écarter et ne peut prendre en compte l'absence de grief que le retard aurait causé à la partie qui le subit. Il s'agit d'une sanction légale à laquelle le juge ne peut déroger¹⁶⁶. Par conséquent, il n'y a donc pas lieu d'entendre les parties sur ce point. À l'inverse, l'article 135 du CPC français laisse la faculté au juge d'écarter les conclusions tardives, ce qui justifie la nécessité des parties de pouvoir argumenter leur position face au juge qui dispose d'une marge de manœuvre. Selon nous, dans le cadre de la procédure arbitrale, il est important que des délais contraignants, assortis de sanctions, soient prévus pour donner une certaine cadence à la procédure afin d'obtenir *in fine* une sentence rapide.

Le principe du contradictoire connaît toutefois certaines limites. La jurisprudence française a pu considérer que lorsque le moyen était « surabondant », c'est-à-dire qu'il « *ne fait qu'expliquer le raisonnement de l'arbitre* »¹⁶⁷, il ne devait pas être soumis à la contradiction des parties¹⁶⁸. Selon C. CHAINAIS, ce raisonnement ne tient qu'à un fil et comprend en lui-même sa propre limite : comment distinguer un moyen purement surabondant d'un moyen qui, bien qu'il n'apporte pas d'élément à proprement parler nouveau, s'articule au sein d'un raisonnement plus large sur lequel repose l'arbitre¹⁶⁹? L'exercice semble périlleux et il semble préférable pour l'arbitre, afin de se prémunir contre toute annulation pour violation du contradictoire, de soumettre l'entièreté de son raisonnement et des moyens qui le compose à la discussion des parties.

Sous-section 2. Le droit suisse

A. Devoir ou pouvoir ?

« *Le principe jura novit curia, qui est applicable à la procédure arbitrale, impose en effets aux arbitres d'appliquer le droit d'office, sans se limiter aux motifs avancés par les parties* »¹⁷⁰. À la lecture de la décision du Tribunal fédéral suisse, il apparaît clairement que le rôle actif du juge a été promu, tel qu'il l'a été en droit belge. Toutefois, une nuance fondamentale doit retenir notre attention: alors que l'arbitre, en droit belge, a simplement la

¹⁶⁶ B. MAES, « Toetsing van belangschade of normdoel bij het weren van te laat ingediende conclusies », *R.A.B.G.*, 2009/11, p. 741-745.

¹⁶⁷ Cass. civ. 1^{re}, 6 mai 2009, Société CIECH c/ société Comexport Companhia Exterior et autres, p. 90.

¹⁶⁸ J.-F. VAN DROOGHENBROEK, « Faire l'économie de la contradiction ? », *op.cit.*, p. 212.

¹⁶⁹ Sur la difficulté de délimiter la notion de motif surabondant, voy. Cass. Civ. 1^{re}, 6 mai 2009, Société CIECH c/ société Comexport, p. 90.

¹⁷⁰ Tribunal fédéral suisse, *N.V. Belgian CMB v. N.V. Distrigas*, 19 décembre 2001, *Bull. ASA*, 2002, p. 493.

faculté de soulever les moyens de droit supplétifs, le droit suisse quant à lui oblige l'arbitre à les soulever (tout comme ceux d'ordre public). Comme l'exprime H. BOULARBAH, « *l'adage iura novit curia a des conséquences beaucoup plus prégnantes pour les arbitrages dont le siège est en Suisse* »¹⁷¹. En effet, un arbitre qui omettrait de soulever un quelconque moyen d'ordre privé pourrait voir sa sentence annulée. Il s'agit là d'un devoir particulièrement lourd pesant sur l'arbitre qui peut avoir des conséquences fondamentales sur le déroulement de la procédure.

Face à l'obligation incombant au tribunal arbitral, le Tribunal Fédéral suisse a admis un tempérament. Lorsque le litige est gouverné par un « droit étranger », l'arbitre peut requérir des parties qu'elles établissent le contenu de ce droit et ce sans violer le principe *Iura Novit Curia*¹⁷². Pour rendre une telle décision, le Tribunal s'est basé à plusieurs reprises sur la règle suisse applicable aux cours et tribunaux étatiques selon laquelle le tribunal est autorisé à demander l'aide des parties pour établir le contenu du droit étranger¹⁷³. Suivant une partie de la doctrine que nous rejoignons, même si l'objectif de vouloir alléger l'office de l'arbitre est souhaitable, les moyens pour y arriver nous semblent erronés¹⁷⁴. La raison provient du fait que le Tribunal fédéral suisse opère une distinction entre la loi « nationale » et « étrangère ». Or cette dichotomie n'existe pas en droit international de l'arbitrage étant donné que les arbitres n'ont pas de *for*¹⁷⁵. En l'absence de *lex fori*, l'arbitre n'a donc par définition pas de droit « national » et tous les droits lui sont potentiellement « étrangers »¹⁷⁶. Dès lors, la règle établie par le Tribunal fédéral suisse est incompatible avec l'arbitrage international. Un tribunal arbitral dont le siège se situe en Suisse peut être composé d'arbitres issus de systèmes différents, devant appliquer le droit suisse ou bien tout autre droit choisi par les parties.

Par conséquent, il nous paraît tout à fait déraisonnable de considérer que, dans le cadre d'un arbitrage international situé en Suisse au sein duquel les parties font le choix du droit suisse, le tribunal arbitral soit contraint de soulever l'ensemble des moyens de droit (parce qu'il s'agirait en théorie du droit national). À l'inverse, si les parties avaient choisi un autre droit, une telle obligation ne devrait pas être respectée par le tribunal (parce que dans ce cas le droit serait considéré comme étranger). Partant, la pratique entérinée par le Tribunal fédéral suisse entraîne donc une différence de traitement non justifiée suivant le droit que les parties

¹⁷¹ H. BOULARBAH, Brèves considérations sur la nécessaire complémentarité entre l'adage *iura novit curia* et le principe du contradictoire, *op.cit.*, p. 58.

¹⁷² Tribunal fédéral suisse, décision 4P. 260/2000 2 Mars 2001, cons. 5b et plus récemment voy. Tribunal fédéral suisse, décision 4A_446/2013 du 5 février 2014.

¹⁷³ Article 16, §1^{er} LDIP.

¹⁷⁴ A. MEIER, Y. MCGOUGH, « Do lawyers always have to have the last word? *Iura Novit Curia* and The Right to Be Heard in International Arbitration: An Analysis in View of Recent Swiss Case Law », 32 ASA Bulletin, Issue 3, 2014, p. 505.

¹⁷⁵ Sur ce point, voy. Chapitre I, Section 4, Sous-section 1, B, p. 20.

¹⁷⁶ G. KAUFMANN-KOHLER, «The Governing Law: fact or Law? – A Transnational Rule on Establishing its Contents », *op.cit.*, p.2.

choisissent. Malgré ces remarques, le Tribunal fédéral a rendu un arrêt *X. A.S. v. Z. S.A.* en 2014 dans lequel il a réaffirmé sa position¹⁷⁷.

B. Le respect du contradictoire

À l'instar du droit belge, l'article 182 la LDIP suisse énonce que « *quelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral doit garantir l'égalité entre les parties et leur droit d'être entendues en procédure contradictoire* ». Le principe du contradictoire a été consacré par le législateur suisse et si le tribunal arbitral venait à méconnaître le principe, il pourrait voir sa sentence annulée dans le cadre d'un recours en annulation¹⁷⁸. Ceci étant dit, en pratique, la jurisprudence suisse retient une conception très souple du contradictoire¹⁷⁹. Il nous est enseigné que, sauf si elles excluent l'adage *Iura Novit Curia*, « *les parties n'ont pas à être entendues sur la portée à reconnaître aux règles de droit* » et « *que le droit d'être entendu se rapporte surtout à la constatation des faits* »¹⁸⁰. Ainsi, lorsqu'il soulève *ex officio* un moyen de droit, l'arbitre ne devra rouvrir les débats que dans les cas exceptionnels où le moyen était totalement imprévisible pour les parties¹⁸¹.

Réapparaît donc en droit suisse la notion « d'imprévisibilité », précédemment envisagée dans le cadre de l'analyse du droit belge. À l'inverse de ce dernier, la notion d'imprévisibilité est rarement admise dans le cadre d'un recours en annulation. Selon S. SCHÜRCH, la raison provient du fait que les juges suisses veulent empêcher que, dans le cadre d'un recours en annulation, les parties invoquent l'imprévisibilité pour permettre au juge de réaliser un examen au fond de la sentence¹⁸². Selon H. BOULARBAH, l'argument est contestable car pour arriver au constat d'imprévisibilité, le juge devra « *de facto procéder à un examen approfondi au fond de la sentence* »¹⁸³. Cette justification mise de côté, force est de constater que la jurisprudence suisse retient une conception beaucoup plus souple du contradictoire que le droit belge ou français.

¹⁷⁷ Tribunal fédéral suisse, *X. A.S. (Turquie) v. Z.S.A. (Belgique)*, 5 février 2014, n°4A_44/2013, §3.

¹⁷⁸ L'article 190, §2, (d) LDIP prévoit que la sentence peut être attaquée lorsque l'égalité des parties ou leur droit à être entendues en procédure contradictoire n'a pas été respecté.

¹⁷⁹ A. MEIER, Y. MCGOUGH, « Do lawyers always have to have the last word? *Iura Novit Curia* and The Right to Be Heard in International Arbitration », *op.cit.*, p. 491.

¹⁸⁰ Tribunal fédéral Suisse, 15 avril 2015, 4A 554/2014, *A contribution by the ITA Board of Reporters*, Kluwer Law International, 2016.

¹⁸¹ Tribunal fédéral Suisse, 15 avril 2015, 4A 554/2014, *A contribution by the ITA Board of Reporters*, Kluwer Law International, 2016.

¹⁸² S. SCHÜRCH, « le droit d'être entendu sur des questions de droit », le 13 mai 2015, à propos de l'arrêt 4A_554/2014 du 15 avril 2015, disponible sur le site suivant : www.lawinside.ch/45/ (consulté pour la dernière fois le 20 juillet 2019).

¹⁸³ H. BOULARBAH, Brèves considérations sur la nécessaire complémentarité entre l'adage *iura novit curia* et le principe du contradictoire, *op.cit.*, p. 71.

Par une succession d'arrêts, le Tribunal fédéral suisse s'est prononcé sur la relation entre *Iura Novit Curia* et une interprétation souple du principe du contradictoire¹⁸⁴. Jusqu'où cette conception libérale a-t-elle été poussée ? Autrement dit, jusqu'à quel point peut-on considérer, en droit suisse, que le moyen soulevé d'office par l'arbitre est prévisible ?

Dans un arrêt *Tobacco*¹⁸⁵, le tribunal arbitral a rendu sa sentence sur base d'un article du contrat qui unissait les parties alors même que celles-ci ne l'avaient pas évoqué dans leur argumentation. Constatant que l'analyse du tribunal arbitral n'avait aucune relation avec les arguments présentés par les parties, le Tribunal fédéral suisse a conclu que la sentence surprenait les parties et l'a donc annulée. Se déduit de l'arrêt une conception stricte du contradictoire et impose un degré de prévisibilité suffisant¹⁸⁶. Rendu en 2003, il constitue le point de départ sur base duquel le Tribunal va ensuite affiner sa jurisprudence pour réduire le nombre de cas où il y a imprévisibilité.

En effet, dans un arrêt 254/2010, le Tribunal fédéral suisse a considéré que lorsque la validité d'un contrat est en jeu, les parties doivent anticiper le fait que l'arbitre peut potentiellement soulever tout moyen lié aux conditions de formation et d'existence du contrat sans surprendre les parties. *In casu*, le tribunal arbitral s'était reposé sur la simulation, moyen de droit qu'aucune partie n'avait pourtant invoqué. En définitive, le Tribunal fédéral suisse a maintenu la sentence et considéré que l'arbitre n'avait pas agi de façon imprévisible¹⁸⁷.

De la même façon, dans un arrêt 407/2012, le même Tribunal a considéré que l'application par l'arbitre d'un principe général de droit qui n'a pas été invoqué par les parties ne crée pas la surprise si le principe se situe entre les positions avancées par les parties. Comme le souligne A. MEIER, « *the parties had to anticipate the possibilities that the tribunal would find a solution between their extreme positions* »¹⁸⁸.

De façon plus étonnante, le Tribunal a considéré qu'un moyen de droit était prévisible lorsque le droit matériel applicable était le droit français et que les conseils étaient tous les deux avocats au barreau de Paris¹⁸⁹. Tirer de la réunion de ces éléments l'impossibilité pour les

¹⁸⁴ A. MEIER, Y. MCGOUGH, « Do lawyers always have to have the last word? *Iura Novit Curia* and The Right to Be Heard in International Arbitration: an analysis of Recent Swiss Case Law », *op.cit.*, pp. 453 à 502.

¹⁸⁵ Tribunal fédéral Suisse, 4P.100/2003, ASA Bull. 3/2004, p. 574.

¹⁸⁶ A. MEIER, Y. MCGOUGH, « Do lawyers always have to have the last word? *Iura Novit Curia* and The Right to Be Heard in International Arbitration: an analysis of Recent Swiss Case Law », *op.cit.*, p. 494: « *the arbitrator had discretion to apply legal considerations ex officio, without the need to hear the parties first. However, an exception applied if the tribunal intended to base its decision on a legal provision or legal concept that had not previously been addressed in the proceedings, that had not previously been addressed in the proceedings, that had not been pleaded by the parties and the relevance of which the parties could not anticipate* ».

¹⁸⁷ Tribunal fédéral suisse, 4A_254/2010, ASA Bull. 4/2010, p. 803.

¹⁸⁸ A. MEIER, Y. MCGOUGH, « Do lawyers always have to have the last word? *Iura Novit Curia* and The Right to Be Heard in International Arbitration », *op.cit.*, p. 499.

¹⁸⁹ Tribunal Fédéral Suisse, 15 avril 2015, 4A 554/2014 : « (...) dans un tel contexte, les règles de droit applicables à la solution du litige ne pouvaient qu'être familières à cette partie ou, du moins, à ses mandataires » et que partant, la règle soulevée d'office « ne pouvait pas être écarté d'emblée par un plaideur prudent, assisté d'hommes

plaideurs d’être surpris constitue un raccourci malheureux traduisant une méconnaissance totale du principe même du contradictoire¹⁹⁰. Selon nous, la personnalité des plaideurs et leur connaissance du droit matériel applicable au litige n’enlève en rien la possibilité pour les parties d’être surprises. Le contradictoire doit être compris comme la faculté pour les parties de prendre connaissance de tout argument et de pouvoir y répondre dans le but d’influencer la décision de l’arbitre¹⁹¹. Malgré le flou autour de ce dernier arrêt, nous pouvons donc en conclure qu’il n’y a pas, en droit suisse, de principe général pour les parties d’être entendues lorsque l’arbitre soulève un moyen de droit.

Section 3. *Iura Novit Arbiter* et la tradition de la Common Law

Les droits nationaux de l’arbitrage restent souvent muets quant à l’office de l’arbitre face aux moyens de droit. Ainsi, dans les trois États de tradition civiliste analysés, le législateur ne se prononce pas sur la question. À l’opposé, le droit anglais, plus pragmatique, adresse l’enjeu.

Sous-section 1. Le droit anglais

A. Devoir ou pouvoir ?

La Section 34(1) (g) de l’English Arbitration Act de 1996 dispose que « *It shall be for the tribunal to decide all procedural and evidential matters, subject to the right of the parties to agree any matter. Procedural and evidential matters include – (g) whether and to what extent the tribunal should itself take the initiative in ascertaining the facts and the law* ». Tout d’abord, notons que la loi anglaise sur l’arbitrage ne considère pas le droit comme un fait dont il revient aux parties d’en apporter la preuve¹⁹². Sauf si les parties en disposent autrement, il revient au tribunal arbitral de déterminer l’étendue de son office face aux moyens de droit. Comme l’écrit G. KAUFMANN-KOHLER « (...) *arbitrators are free to apply whatever method they choose to determine the content of the applicable law* »¹⁹³. En pratique, comment l’arbitre va-t-il exercer sa mission ?

Si les parties ont recours à un arbitrage institutionnel sous l’égide de la LCIA (London Court of International Arbitration), ce dernier prévoit que le tribunal arbitral a le devoir de

de loi connaissant les arcanes du droit applicable ». De cette affirmation, le Tribunal déduit qu’il n’y avait pas de surprise pour les parties.

¹⁹⁰ H. BOULARBAH, « Brèves considérations sur la nécessaire complémentarité entre l’adage *iura novit curia* et le principe du contradictoire », *op.cit.*, pp. 71-72.

¹⁹¹ G. DE LEVAL et F. GEORGES, *Droit judiciaire : institutions judiciaires et éléments de compétence*, Tome 2, Coll. Fac. Droit. ULg, Larcier, Bruxelles, 2015, pp. 40-41.

¹⁹² G. KAUFFMAN-KOHLER, « The governing law: Law or fact? A Transnational Rule on Establishing its Contents », *op.cit.*, p. 81.

¹⁹³ G. KAUFFMAN-KOHLER, « The governing law: Law or fact? A Transnational Rule on Establishing its Contents », *op.cit.*, p. 88.

déterminer le contenu du droit applicable au litige. Il le fait soit en se reposant sur le choix des parties soit, si elles n'ont rien dit, selon sa propre idée¹⁹⁴.

Lorsque les parties ont recours à un arbitrage *ad hoc*, la doctrine nous enseigne qu'il leur revient en priorité de déterminer le contenu du droit applicable mais que cela n'empêche pas le tribunal de poursuivre ses propres recherches s'il considère que les arguments avancés ne sont pas suffisants pour résoudre le litige¹⁹⁵. Partant, en vertu du droit anglais, les arbitres ont la faculté mais non pas le devoir de déterminer le contenu du droit applicable. Cette problématique a été adressée dans un arrêt *Hussman*¹⁹⁶. La Commercial Court a considéré qu'en vertu de la section 46(1)(a) de la loi anglaise sur l'arbitrage, le tribunal arbitral n'avait pas l'obligation d'examiner le droit étranger, sauf si les parties soulevaient un point de droit traité différemment en droit anglais. Si elles ne le font pas, le tribunal peut assumer que la loi étrangère ne s'écarte pas du droit anglais et peut résoudre le différend selon ce dernier¹⁹⁷.

B. Le respect du contradictoire

En vertu du droit anglais, le tribunal arbitral doit permettre aux parties de se défendre en faisant valoir leurs points de vue sur tout moyen de droit qu'il soulèverait *sua sponte*¹⁹⁸. Les contours de cette dette de contradiction ont toutefois connu un revirement important ces dernières années.

Selon la jurisprudence anglaise originale, une sentence ne sera annulée que dans le cas où le demandeur apporte la preuve qu'il a subi une injustice substantielle du fait que le tribunal arbitral n'ait pas rouvert les débats lorsqu'il soulève *sua sponte* un moyen de droit¹⁹⁹. Dans un arrêt *Sanghi Polyesters Ltd. (India) v. International Investor (Kuwait)* du 9 septembre 2002, le tribunal arbitral a rendu une sentence sur base d'une multitude de sources (à la fois doctrinales et jurisprudentielles) non invoquées par les parties et sur lesquelles elles n'ont pas pu se prononcer. Dans le cadre d'un recours en annulation, la Commercial Court (Queen's Bench Division) a considéré qu'il n'y avait pas eu d'injustice substantielle et que la preuve du préjudice n'avait pas été rapportée. Partant, elle a jugé que la sentence devait être maintenue.

¹⁹⁴ M. SALAHUDINE ABDEL WAHAB, « Iura Novit Arbiter in International Commercial Arbitration: The Known Unknown », *op.cit.*, p. 8.

¹⁹⁵ M. SALAHUDINE ABDEL WAHAB, « Iura Novit Arbiter in International Commercial Arbitration: The Known Unknown », *op.cit.*, pp. 13-14.

¹⁹⁶ *Hussman (Europe) Ltd v. Al Ameen Dev. & Trade Co.*, English Commercial Court (19 April 2000), *Arbitration, Practice & Procedure Law Reports* 04/19, 2000, §42.

¹⁹⁷ C. P. ALBERTI, « Iura Novit Curia in International Commercial Arbitration: How much justice do you want? », *op.cit.*, p. 25.

¹⁹⁸ Section 33 de l'English Arbitration Act de 1996.

¹⁹⁹ Section 68 de l'Arbitration Act de 1996; M. SALAHUDINE ABDEL WAHAB, « Iura Novit Arbiter in International Commercial Arbitration: The Known Unknown » *op.cit.*, p. 13.

Suivant cette approche, les demandes en annulation ont rarement abouti car il fût compliqué pour les plaideurs de démontrer que leurs clients avaient subi une injustice substantielle. Les tribunaux arbitraux dont le siège se situaient en Angleterre étaient soumis alors à un devoir de contradiction réduit où les parties risquaient à tout moment d'être surprises²⁰⁰.

La situation évoluera en 2004 dans un arrêt *Cameroon Airlines v. Transnet* où la High Court va considérer que le devoir de contradiction découle du principe même d'équité : « *in truth, we are talking about fairness. It is not fair to decide a case against a party on an issue which has never been raised in the case without drawing the point to his attention so that he may have an opportunity of dealing with it* »²⁰¹. Partant, l'arbitre est tenu de soumettre tout moyen de droit qu'il soulèverait *ex officio* pour garantir aux parties « *the right to be heard* »²⁰². Dans la même direction, la Commercial court a rendu un arrêt *OAO Northern Shipping Co. V. Remocladores de Marin SL (Remmar)*. Dans celui-ci, elle a annulé la sentence arbitrale au motif que le tribunal arbitral s'était basé sur une disposition non débattue par les parties sans leur avoir laissé l'opportunité de se défendre²⁰³. La jurisprudence anglaise a donc consacré au fur et à mesure une vision plus stricte du principe du contradictoire à l'inverse des juges suisses.

En conclusion, même si les différents droits examinés ne s'accordent pas sur la portée exacte du contradictoire que l'adage implique, tous ont admis avec plus ou moins d'intensité le pouvoir de l'arbitre de « connaître le droit », c'est-à-dire le pouvoir de déterminer le contenu du droit applicable au litige. Cette convergence a amené certains à imaginer une règle transnationale.

CHAPITRE III. VERS UNE PROCÉDURE TRANSATIONALE ?

En 2008, une première tentative de réglementation a été adressée par l'Association de droit international qui a émis des Recommandations sur la détermination du contenu du droit par l'arbitre (**section 1**). Celles-ci étant floues, nous tenterons de mettre en avant une éventuelle procédure transnationale issue de la pratique (**section 2**).

Section 1. Les Recommandations de l'Association de droit international

Tout d'abord, des Recommandations de l'Association de droit international sur la détermination du contenu du droit applicable en matière d'arbitrage international commercial

²⁰⁰ J. JEMIELNIAK *et* S. PFISTERER, « Iura Novit Arbitrator: towards a harmonised approach? », *op.cit.*, p. 72.

²⁰¹ English Commercial Court, *Cameroon Airlines v. Transnet Ltd*, 29 juillet 2004, *Arbitration Law Reports and Review*, Volume 2004, Issue 1, 2004, pp. 109–133. J. JEMIELNIAK *et* S. PFISTERER, « Iura Novit Arbitrator: towards a harmonised approach? », *op.cit.*, p. 75.

²⁰² *Voy.* English Commercial Court, *Bulfracht (Cyprus) Ltd v. Boneset Shipping Ltd*, 7 novembre 2002, *Lloyd's report* 2 (2002), p. 687.

²⁰³ M. SALAHUDINE ABDEL WAHAB, « Iura Novit Arbitrator in International Commercial Arbitration: The Known Unknown », *op.cit.*, p. 14.

ont été produites en 2008. Même si celles-ci ne constituent pas une source de droit contraignante pour les états et sont simplement mises à disposition des arbitres, elles reconnaissent la nécessité d'établir un « cadre transnational ». Le but est celui de réduire les divergences pratiquées au sein d'arbitrages internationaux afin d'harmoniser la procédure et par conséquent de diminuer les incertitudes liées au bon déroulement de celle-ci²⁰⁴.

Selon H. BOULARBAH, elles semblent toutefois ambiguës²⁰⁵. Alors que la Recommandation 6 énonce « *qu'il n'appartient pas aux arbitres de soulever d'office des moyens de droit sous réserve de la mise en cause de l'ordre public international* » mais en même temps, les Recommandations 7 et 15 prévoient que « *les arbitres ne sauraient être limités par les arguments juridiques avancés par les parties et peuvent en conséquence les interroger sur le contenu des règles qu'elles soulèvent, faire usage de leur propres connaissance de ces règles ou même effectuer des recherches indépendantes sur celles-ci* ». Suivant l'opinion de D. BENSAUDE, il faudrait y voir l'expression de la possibilité pour les arbitres de soulever des moyens de droit à condition que cette prérogative soit exercée avec grande prudence²⁰⁶.

Selon nous, ces Recommandations illustrent ce que l'on peut appeler l'art de ne pas choisir. Sous l'apparence d'avoir « *pris position sur une question de pure procédure arbitrale qui agite un peu la doctrine* »²⁰⁷, l'Association s'est seulement penchée sur l'enjeu sans pour autant y apporter une réponse en droit. Toutefois, il est difficile, voire même impossible, d'apporter une solution « universelle » à un litige international sur base de conceptions purement nationales. Comme l'exprime P. CAPPER, « *international arbitration should not be considered as governed by any specific legal system or tradition* »²⁰⁸. Partant, tentons d'extraire de la pratique une procédure transnationale guidant tout arbitre amené à rendre une sentence dans le cadre d'un litige internationale.

Section 2. La procédure transnationale

L'arbitrage est « *un lieu privilégié où se fondent des conceptions juridiques divergentes pour donner naissance à des règles et des pratiques qui rencontrent un consensus transnational* »²⁰⁹. Il s'agit d'un lieu « privilégié » car les parties (et à défaut les arbitres) ont la possibilité, contrairement au droit étatique, de déterminer la procédure qui

²⁰⁴ D. BENSAUDE, « Présentation des Recommandations de l'Association de droit international sur la détermination du contenu du droit applicable en matière d'arbitrage commercial international », *Rev. Arb.*, 2009, pp. 446-447.

²⁰⁵ H. BOULARBAH, « Brèves considérations sur la nécessaire complémentarité entre l'adage *iura novit curia* et le principe du contradictoire », *op.cit.*, pp. 52-53.

²⁰⁶ D. BENSAUDE, « Présentation des Recommandations de l'Association de droit international sur la détermination du contenu du droit applicable en matière d'arbitrage commercial international », *op.cit.*, p. 449.

²⁰⁷ D. BENSAUDE, « Présentation des Recommandations de l'Association de droit international sur la détermination du contenu du droit applicable en matière d'arbitrage commercial international », *op.cit.*, p. 449.

²⁰⁸ P. CAPPER, « Chapter 3. 'Proving' the Contents of the Applicable Substantive Law(s) », *op.cit.*, p. 41.

²⁰⁹ G. KAUFFMAN-KOHLER, *Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du Professeur Hirsch*, *op.cit.*, p. 76.

gouverne le litige. Partant, les praticiens de l'arbitrage ont usé de cette liberté pour s'accorder sur une procédure commune issue de la fusion des conceptions nationales²¹⁰. Ainsi, la réunion des traditions juridiques n'apparaît non plus comme un obstacle mais bien comme une force dont la procédure arbitrale se nourrit dans le but de composer une procédure sur mesure.

Avant d'aborder le contenu précis de cette règle transnationale, deux remarques doivent être faites. Premièrement, une conception trop stricte de l'adage *Iura Novit Arbiter* est inappropriée dans le cadre de l'arbitrage international. Le tribunal étant possiblement amené à rencontrer une multitude d'ordres juridiques, il est parfois compliqué pour lui d'accéder à ce droit et d'en rapporter le contenu²¹¹. À l'inverse, une procédure qui ne laisse pas de place à l'adage est également non souhaitable. Pourquoi empêcher l'arbitre d'amener ses connaissances sur le droit applicable lorsqu'il en a²¹² ? Plus encore, si ce dernier est tenu aux éléments apportés par les parties mais qu'elles commettent une erreur de droit (ou d'interprétation) il est crucial que l'arbitre puisse intervenir pour corriger la situation afin de rendre une sentence exacte en droit.

L'équilibre est donc à rechercher entre ces deux extrêmes. Inspirée par l'article 44 des Federal Rules of Civil Procedures²¹³, G. KAUFFMANN-KOHLER propose la règle suivante. Le devoir d'apporter le contenu du droit applicable repose principalement sur les parties. Toutefois, cela n'empêche pas l'arbitre de réaliser ses propres recherches et appréciations sur le droit applicable. Ce faisant, il peut, mais n'est pas obligé, de soulever tout moyen de droit non envisagé par les parties²¹⁴. S'il le fait, il est alors tenu de leur permettre de s'exprimer sur ce nouveau moyen afin de respecter le contradictoire. Pour ce faire, la prudence lui recommande de permettre aux adversaires d'argumenter sur tout moyen qu'il soulèverait *sua sponte*. Enfin, dans l'hypothèse où le contenu du droit applicable ne peut être déterminé « *ni par les parties ni par le tribunal arbitral, ce dernier appliquerait, avec l'accord des parties, un droit proche du droit normalement applicable ou une règle de droit transnationale* »²¹⁵.

²¹⁰ G. KAUFFMAN-KOHLER, Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du Professeur Hirsch, *op.cit.*, p. 77.

²¹¹ G. KAUFFMAN-KOHLER, «The governing Law: law or fact? », *op.cit.*, p. 84.

²¹² Dans un arrêt du 22 février 2001, la Cour d'appel de Bruxelles a expressément admis que le tribunal arbitral puisse utiliser ses connaissances personnelles pour trancher le litige. Le cas inverse, la désignation d'experts au sein des tribunaux arbitraux perdrait tout intérêt (Bruxelles, 22 février 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1521).

²¹³ Section 44 des Federal Rules of Civil Procedures américaines.

²¹⁴ J. JEMIELNIAK et S. PFISTERER, « Iura Novit Arbiter: towards a harmonised approach? », *op.cit.*, p. 73.

²¹⁵ G. KAUFFMAN-KOHLER, Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du Professeur Hirsch, *op.cit.*, p. 78.

CONCLUSION

Force est de constater que l'adage *Iura Novit Curia* a été réceptionné dans l'arbitrage international. Par conséquent, sauf si les parties en disposent autrement, l'arbitre n'est pas tenu par les moyens de droit avancés par celles-ci. Cependant, en l'absence de règle internationale, les contours de sa mission restent débattus entre les différents États que nous avons analysés. Premièrement, la portée de la maxime oscille entre pouvoir et devoir de l'arbitre. Deuxièmement, lorsqu'il joue un rôle actif, ce dernier ne peut se permettre de surprendre les adversaires. Pour éviter de voir sa sentence annulée, il doit s'acquitter d'une dette de contradiction dont le contenu varie sensiblement entre les ordres juridiques.

Au sein des trois ordres juridiques civilistes étudiés, jurisprudence et doctrine sont intervenues afin de reconnaître à l'arbitre le pouvoir de soulever *ex officio* des moyens de droit non invoqués par les parties. Toutefois, ce pouvoir se meut en devoir dans plusieurs cas. En droit belge et français, l'arbitre est contraint de soulever uniquement tout moyen de droit d'ordre public. En effet, seule la non-application d'un tel moyen justifie l'annulation de sa sentence. De façon plus contestable, le droit suisse, quant à lui, commande à l'arbitre de soulever tout moyen de droit, qu'il soit supplétif ou d'ordre public. Face à ce régime sévère, une exception a été mise en place mais elle semble toutefois être incompatible avec l'arbitrage international. En droit américain, la détermination du contenu du droit applicable incombe d'abord aux parties. L'arbitre peut toutefois suppléer leur argumentation s'il considère qu'elle est insuffisante. La même situation prévaut en droit anglais alors même qu'il consacre pourtant le rôle passif du juge étatique face au droit étranger.

En ce qui concerne le principe du contradictoire, il est acquis qu'il constitue un des principes clefs de la procédure arbitrale. Plus précisément, le droit français semble retenir une conception stricte du contradictoire en obligeant l'arbitre à rouvrir les débats dès qu'il prend une quelconque résolution sur le plan du droit. À l'autre extrémité, le droit suisse se prononce en faveur d'une conception très souple : l'arbitre doit exceptionnellement permettre aux parties de discuter d'un moyen de droit qu'il soulèverait *sua sponte* « *lorsqu'il était totalement imprévisible pour les plaideurs* »²¹⁶. Au milieu, le droit belge exige de l'arbitre qu'il veille au respect du principe sauf dans les cas où le moyen soulevé n'est pas une surprise pour les parties en vertu de la théorie du moyen nécessairement dans la cause.

Notons qu'à partir du même concept, celui d'imprévisibilité, la jurisprudence suisse a développé une théorie beaucoup plus libérale que celle prévalant en droit belge et français. Voici la parfaite démonstration que ce qui est prévisible pour l'un ne l'est pas pour l'autre : le concept est relatif et n'a de sens que celui qu'on entend lui donner. Cette incertitude est source d'insécurité juridique, particulièrement dans le cadre de l'arbitrage international. Suivant la *lex*

²¹⁶ H. BOULARBAH, « Brèves considérations sur la nécessaire complémentarité entre l'adage *iura novit curia* et le principe du contradictoire », *op.cit.*, p. 74.

arbitri applicable au litige, la dette de contradiction de l'arbitre varie. En d'autres termes, en fonction du lieu de l'arbitrage, il devra être attentif au devoir de contradiction que la procédure de cet État lui impose sous peine de voir sa sentence annulée.

Partant, pour éviter tout risque d'adopter un comportement qui pourrait par après être considéré comme contraire aux droits de la défense, la prudence recommande aux arbitres d'agir avec vigilance en « *veillant à instaurer un débat contradictoire sur tous les faits, les moyens, les arguments de droit sur lesquels il entend fonder sa sentence* »²¹⁷.

En définitive, ce tour d'horizon aura permis de mettre en évidence les attentes, parfois contraires, que les parties à un arbitrage international peuvent avoir sur le déroulement de la procédure. Au croisement des traditions juridiques, un tribunal arbitral peut être composé d'arbitres d'origines différentes ayant chacun leur propre conception de leur office²¹⁸. Partant, sans se comprendre mutuellement, les divergences peuvent constituer une entrave au bon déroulement de la procédure. *A contrario*, la prise en compte et la compréhension d'autres traditions permettent le développement de procédures hybrides dans le respect des attentes de chacun. La procédure d'arbitrage, de par sa flexibilité et l'autonomie qu'elle laisse aux parties, constitue le lieu par excellence où de telles synergies tendent à se développer pour autant que le respect des droits fondamentaux des parties soit garanti²¹⁹.

²¹⁷ B. HANOTIAU, note sous Bruxelles, 25 septembre 1997, *J.T.*, 1998, p. 314 cité par B. HANOTIAU et O. CAPRASSE, « Les droits de la défense dans la procédure arbitrale », *op.cit.*, p. 460.

²¹⁸ P. CAPPER, « Chapter 3. 'Proving' the Contents of the Applicable Substantive Law(s) », *op.cit.*, p. 41.

²¹⁹ Cette situation explique pour partie le succès qu'a connu la procédure d'arbitrage, tendant à devenir « *le mode ordinaire de résolution des conflits dans le cadre du commerce international* » (Voy. O. CAPRASSE, « l'arbitrage et la médiation », in *Droit judiciaire : manuel de procédure civile*, Tome 2, 2015, Bruxelles, p. 1375).

BIBLIOGRAPHIE

LÉGISLATION

International

Article V (1) (b) de la Convention de New-York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales conclue à New-York le 10 juin 1958.

Articles 18, 19, 20 de la loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international telle qu'adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international le 21 juin 1985 et amendée par la Commission des Nations unies pour le droit commercial international le 7 juillet 2006.

Article 2 du Protocole relatif aux clauses d'arbitrage adopté à Genève en 1923.
Recommandations de l'association de droit international sur la détermination du contenu du droit applicable en matière d'arbitrage commercial international, 73^e conférence, Rio de Janeiro, résolution 6/2008.

Belgique

Articles 15 et 21 du Code de droit international privé.

Articles 747, 1699, 1701 et 1717 du Code judiciaire.

Projet de loi modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, exposé des Motifs, *Doc. Parl.* Chambre 2012-2013, n°53-2743/1.

Suisse

Articles 16, 182 et 190 de la Loi fédérale sur le droit international privé.

France

Article 16, 135 et 1502 du Nouveau Code de Procédure Civile français.

Angleterre

Section 33, 34 et 68 de l'English Arbitration Act de 1996.

Autres

Chapitre 35, Section 2 du Code suédois de la procédure judiciaire.

Section 27 (2) de la loi danoise sur l'arbitrage.

Article 1044 du Code de procédure civile néerlandais.

Section 44 des Federal Rules of Civil Procedure américaines.

RÈGLEMENTS D'ARBITRAGE

Règlement d'arbitrage du Centre Belge pour l'Arbitrage et la Médiation (CEPANI) entré en vigueur le 1^{er} janvier 2013 disponible sur le site suivant : <https://www.cepani.be/reglements/?lang=fr/> (consulté pour la dernière fois le 16 avril 2019).

Règlement d'arbitrage du London Court of International Arbitration (LCIA) disponible sur le site suivant : https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx#Article%2022 (consulté pour la dernière fois le 16 avril 2019).

Règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (CCI) disponible sur le site suivant : <http://www.icc-france.fr/document-1338.pdf> (consulté pour la dernière fois le 29 juin 2019).

DOCTRINE

ALBERTI C.P., « Iura Novit Curia in International Commercial Arbitration: How much justice do you want? », *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*, Genève, Kröll éd., 2011, p. 1 à 28.

ALBERTI C.P. et BIGGE D., « Ascertaining the content of the applicable law and iura novit tribunus: approaches in commercial and investment arbitration », *Contemporary problems of Commercial Arbitration*, Mexico, Hector Flores Senties éd., 2015, p. 1 à 19.

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

BAXTER L.G., « Civil litigation and Iura Novit Curia », *The South African Law Journal*, 1979, p. 531 à 540.

BENSAUDE D., « Présentation des Recommandations de l'Association de droit international sur la détermination du contenu du droit applicable en matière d'arbitrage commercial international », *Rev. Arb*, 2009, p. 445 à 453.

BESSON S. et POUDRET J.-F., *Droit comparé de l'arbitrage international*, Lausanne, Sweet & Maxwell, 2007.

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 », *Le rôle respectif du juge et des parties dans le procès civil*, Bruxelles, Kluwer, 1999, p. 91 à 146.

BOULARBAH H., « Brèves considérations sur la nécessaire complémentarité entre l'adage « iura novit curia » et le principe du contradictoire », *Le principe du contradictoire en arbitrage*, Bruylant, Bruxelles, 2017, p. 51 à 75.

CACHARD O., *Droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 2018.

CAPPER P., 'Chapter 3. 'Proving' the Contents of the Applicable Substantive Law(s)', in Fabio Bortolotti and Pierre Mayer éd., *The Application of Substantive Law by International*

Arbitrators, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Volume 11, Kluwer Law International, 2014, p. 31 à 59.

CAPRASSE O., « l'instance arbitrale et le temps », *L'arbitre et le juge étatique – Etudes de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia*, A. Saletti, J. van Compernelle et J.F. van Drooghenbroeck (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 19 à 52.

CASHIN RITAINE E., « L'établissement du contenu du droit étranger en Suisse », *Application du droit étranger par le juge national : Allemagne, France, Belgique, Suisse*, C. Witz (dir.), Paris, Société de législation comparée, 2014, p. 47 à 61.

CHAINAIS C., « L'arbitre, le droit et la contradiction : l'office du juge arbitral à la recherche de son point d'équilibre », *Rev. Arb.*, 2010, p. 3 à 44.

CHAINAIS C., « Rapport français - Les rôles respectifs des parties et du juge au regard de la matière litigieuse et du droit applicable au litige », *L'office du juge – Études de droit comparé*, C. Chainais, B. Hess, A. Saletti Et J.-F. Van Drooghenbroek (coord.), Bruxelles, Larcier, 2017, p. 15 à 42.

CORNU G. et FOYER J., *Procédure civile*, Paris, PUF, 3^{ème} éd, 1996.

CORNELOUP S., « L'application de la loi étrangère », *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 66 N°2, 2014. Études de droit contemporain. Contributions françaises au 19^e Congrès international de droit comparé (Vienne, 20 - 26 juillet 2014), p. 363 à 390.

DE LEVAL G. et GEORGES F., *Droit judiciaire : institutions judiciaires et éléments de compétence*, Tome I, Coll. Fac. Droit ULg, Bruxelles, Larcier, 2015.

DE CONINCK J., « De toetsing van een overeenkomst aan de openbare orde naar Belgisch recht », *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Intersentia, Gent, p. 195 à 220.

DUTOIT B., *Droit international privé suisse, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 4^{ème} éd., Helbing & Lichtenhahn, Genève, 2005.

GEEROMS S., *Foreign Law in Civil Litigation: A comparative and Functional Analysis*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

GERARD P., BOULARBAH H. et VAN DROOGHENBROECK J.-F., « Section 4. – Loyauté », *Pourvoi en cassation en matière civile*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 178 à 192.

GIOVANNINI T., « Chapter 8: Ex officio powers to investigate: When do Arbitrators Cross the Line? », *Stories From the Hearing Room: Experience from Arbitral Practice - Essays in Honour of M.E. Schneider*, Kluwer Law international, B. Ehle et D. Baizeau (éd.), 2015, p. 59 à 76.

HANOTIAU B., « Le principe du contradictoire devant les tribunaux arbitraux », note sous Bruxelles, 25 septembre 1997, *J.T.*, 1998, p. 312 à 315.

- HANOTIAU B. et CAPRASSE O., « l'annulation des sentences arbitrales », *JT*, 2004, p. 413 à 428.
- HANOTIAU B. et CAPRASSE O., « Arbitrability, Due Process, and Public Policy Under Article V of the New York Convention », *J. Int. Arb.*, 2008, p. 721 à 741.
- HANOTIAU B. et CAPRASSE O., « Les droits de la défense dans la procédure arbitrale », *R.C.J.B.*, 2010, p. 453 à 469.
- HOLLANDER P., « L'arrêt Unamar de la Cour de justice : une bombe atomique sur le droit belge de la distribution commerciale ? », *J.T.*, 2014, p. 297 à 301.
- HUNTER M. et REDFERN A., *Law and practice of international commercial arbitration*, 2ème éd., Londres, Sweet & Maxwell limited, 1991.
- JEMIELNIAK J. et PFISTERER S., *Iura Novit Arbiter: towards a harmonised approach ?*, *Unif L. Rev.*, Vol. 20, 2015, p. 56 à 80.
- KAUFMANN-KOHLER G., « The Governing Law: fact or Law? – A Transnational Rule on Establishing its Contents », *Best Practices in International Arbitration*, ASA Special Series, No. 26., 2006, p. 79 à 85.
- KAUFFMAN-KOHLER G., *Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du Professeur Hirsch*, Genève, Slatkine, 2004, p. 70 à 78.
- KESSEDJIAN C., « Principe de la contradiction et arbitrage », *Rev. arb.*, 1995, p. 377 à 410.
- KEUTGEN G. et DAL G.-A., *L'arbitrage en droit belge et international*, 3ème éd., t.I, Bruxelles, Bruylant, 2015.
- KURKELA M., « Jura Novit Curia and the Burden of Education in International Arbitration – A Nordic Perspective », 21(3), *ASA Bull.* 287 et seq. (2003), p. 12 à 39.
- LEFEBVRE P. et SERVAIS S., « Vers une conception large de l'ordre public à l'instar de la portée qui lui est conférée dans le cadre de l'annulation de sentences arbitrales », *b-arbitra*, 2014, p. 297 à 350.
- LEVEL P., *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges offerts à Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996.
- LEW J., *Iura Novit Curia and Due Process*, at 10 (Queen Mary University of London, School of Law, Legal Studies Research Paper No. 72/2010, (2010)), p. 1 à 19.
- MAES B., « Toetsing van belangschade of normdoel bij het weren van te laat ingediende conclusies », *R.A.B.G.*, 2009/11, p. 741 à 745.
- MATRAY L. et MARTENS P., « Arbitrage et ordre public interne », *Rev. Arb.*, 1978, p. 101-119.

MAYER P., « L'arbitre et la loi », *Le droit privé français à la fin du XXème siècle, Études offertes à Pierre Catala, Litec*, 2001.

MAYER P., « La liberté de l'arbitre », *Rev. Arb*, 2013, p. 339 à 365.

MEIER A., et MCGOUGH Y., « Do lawyers always have to have the last word? Iura Novit Curia and The Right to Be Heard in International Arbitration: An Analysis in View of Recent Swiss Case Law », 32 ASA Bulletin, Issue 3, 2014, p. 490 à 507.

MÉLIN F., *Jura novit curia (la cour connaît le droit) - L'hypothèse du néo-fédéralisme : le droit à une nouvelle croisée des chemins*, P. Lefebvre (dir.), Paris, PUF, 2006.

MOTULSKY H., « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense », *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Paris, Dalloz, t. II, 1961, p. 175 à 200.

MOTULSKY H., *L'office du juge et la loi étrangère*, Mélanges Maury, t. I, 1979.

MOUGENOT D., « Actualité en matière d'office du juge : quelques réflexions d'un magistrat », *R.R.D.*, 2009, p. 26 à 34.

NORD N., « L'établissement du contenu du droit étranger en France », *Application du droit étranger par le juge national : Allemagne, France, Belgique, Suisse*, C. Witz (dir.), Paris, Société de législation comparée, 2014, p. 13 à 26.

ÖHLBERGER V. et PINKSTON J., « Chapter II: The Arbitrator and the Arbitration Procedure, Iura Novit Curia and the Non- Passive Arbitrator: A Question of Efficiency, Cultural Blindness and Misplaced Concerns About Impartiality », *Austrian Yearbook on International Arbitration 2016*, Christian Klausegger, Peter Klein et al. (éd.), Austrian Yearbook on International Arbitration, Volume 2016, p. 101 à 117.

OURLIAC P., « L'office du juge dans le droit canonique classique », *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Préf. M. Despax, Toulouse, Université des sciences sociales, 1981.

PINTENS W., « L'établissement du contenu du droit étranger en Belgique », *Application du droit étranger par le juge national : Allemagne, France, Belgique, Suisse*, C. Witz (dir.), Paris, Société de législation comparée, 2014, p. 38 à 46.

PLANIOL M., *Traité de droit civil*, t.1, Rennes, LGDJ, 1956.

SALAHUDINE ABDEL WAHAB M., « Iura Novit Arbiter in International Commercial Arbitration: The Known Unknown », Nassib G. Ziadé (ed), *Festschrift Ahmed Sadek El-Kosheri*, Kluwer Law International, p. 3 à 25.

SCHÜRCH S., « le droit d'être entendu sur des questions de droit », le 13 mai 2015, à propos de l'arrêt 4A_554/2014 du 15 avril 2014, disponible sur le site suivant : www.lawinside.ch/45/ (consulté pour la dernière fois le 20 juillet 2019).

SOLUS H. et PERROT R., *Droit judiciaire privé*, t.3, Sirey, Paris, 1991.

VAN DEN EYNDE L., « Iura Novit Curia... ? Une aide externe pour l'interprétation du droit peut néanmoins être bienvenue », *A. P.T.*, 2017, liv 1-2, p. 69 à 78.

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.

VAN DROOGHENBROECK J.-F., « Pour les droits de la défense aussi: *iura vigilantibus* », *J.T.*, 2008, p. 173 à 174.

VAN DROOGHENBROECK J.-F., « Faire l'économie de la contradiction ? », *R.C.J.B.*, 2013, p. 203 à 248.

VAN OMMESLAGHE P., *Droit des obligations*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 2010.

VERBIST H., « Challenges on ground of Due Process Pursuant to Article V (1) (b) of the New York Convention », *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards – The New-York Convention in practice*, Cameron May, 2008, p. 679 à 728, disponible sur le site suivant: <http://hdl.handle.net/1854/LU-626441>.

WEILLER L., « Un nouvel office pour le juge ? », *Rev. Arb.*, 2017, p. 135 à 145.

JURISPRUDENCE

Europe

Cour eur. D.H., 23 juin 1993, *Ruiz Mateos c/ Espagne*.

Cour eur. D.H., 24 novembre 1997, *Werner c/ Autriche*.

C.J.C.E., arrêts *Jeroen van Schindel and Johannes Nicolaas Cornelis van Veen v. Stichting Pensioenfondsen voor Fysiotherapeuten*, 14 décembre 1995, C-430/93 et C-431/93.

C.J.C.E., arrêt *Eco Swiss*, 1^{er} juin 1999, C-126/97.

C.J., arrêt *Elisa Maria Mostaza Claro v. Centro Movil Milenium SL*, 26 octobre 2006, C-168/05.

C.J., arrêt *Pannon*, 4 juin 2009, C-243/08.

C.J., arrêt *United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV v. Navigation Maritime Bulgare*, 17 Octobre 2013, C-184/12.

Belgique

Cass. 29 novembre 1990, *Pas.*, I, 1991.

Cass., 11 juin 1992, *Bull.*, I, 1992.

Cass., 4 septembre 1992, *Pas.*, 1993.

Cass., 26 juin 1995, n° C.94.0255.N.

Cass., 20 mai 1999, R.G. C. 98.0098F, inédit.

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

Cass., 12 octobre 2006, *Pas.*, 2006.

Cass., 16 février 2007, *J.T.*, 2008, obs. J.-F. VAN DROOGHENBROEK.

Cass., 9 mai 2008, *J.T.*, 2008.

Cass., 29 septembre 2011, *R.C.J.B.*, 2013.

Cass., 5 octobre 2012, *R.W.*, 2012-2013, note R. HOUBEN.

Cass., 7 novembre 2012, *Pas.*, 2012.

Cass., 22 mars 2012, *Pas.* I, 2012.

Cass., 28 octobre 2013, *J.T.T.*, liv. I, 2014.

Bruxelles, 25 septembre 1997, *J.T.*, 1998.

Bruxelles, 22 février 2001, *J.L.M.B.*, 2002.

Bruxelles, 22 avril 2014, *R.W.*, 2015-2016, note B. VAN DEN BERGH.

Angleterre

Mostyn v. Fabrigas (1774), 1 Cowper's King's Bench Reports (Cowp.).

English Commercial Court, *Hussman (Europe) Ltd v. Al Ameen Dev. & Trade Co.*, 19 April 2000, Arbitration, Practice & Procedure Law Reports 04/19, 2000.

English Commercial Court, *Bulfracht (Cyprus) Ltd v. Boneset Shipping Ltd*, 7 novembre 2002, Lloyd's report 2, 2002.

English Commercial Court, *Cameroon Airlines v. Transnet Ltd*, 29 juillet 2004, Arbitration Law Reports and Review, Volume 2004, Issue 1, 2004.

Suisse

Tribunal fédéral suisse, 2 Mars 2001, 4P_260/2000, ASA Bull, 2001.

Tribunal fédéral suisse, *N.V. Belgian CMB v. N.V. Distrigas*, 19 décembre 2001, ASA Bull, 2002.

Tribunal fédéral suisse, 4P.100/2003, ASA Bull. 3/2004.

Tribunal fédéral suisse, 4A_108/2009, ASA Bull, 3/2009.

Tribunal fédéral suisse, 4A_254/2010, ASA Bull. 4/2010.

Tribunal fédéral suisse, 27 mai 2013, 5A_60/2013, ASA Bull. 5/2013.

Tribunal fédéral suisse, *X. A.S. (Turquie) v. Z S.A. (Belgique)*, 5 février 2014, n°4A_44/2013, ASA Bull. 4/2013.

France

Cass. Fr (1^{er} civ.), 20 févr. 1991, *S.I.C.A. Veradour*, *Rev. Arb.* 1991, p. 447, note L. IDOT.

Cass., Fr. (2^e civ.), 11 mars 1992, *JCP*, IV, 1992.

Cass. Fr. (1^{er} civ.), 28 juin 2005, *Aubin*, n°00-15734.

Cass. Fr. (com.) 28 juin 2005, *Itraco*, n°00-15734, *Rev. crit. DIP*, 2005, note B. ANCEL et H. MUIR WATT.

Cass. Fr. (1^{er} civ.), 21 novembre 2006, n°05-22002, *Bull.*, n° 500, *Rev. crit. DIP*, 2007, note H. MUIR WATT.

Cass. Fr. (1^{er} civ.), 6 mai 2009, *Société CIECH c/ société Comexport Companhia Exterior et autres*, p. 90.

Cass., Fr. (1^{er} civ.), 22 mars 2012, *Bull.civ.* I, 2012.

Paris, 1^{er} Ch, 14 juin. 2007, *Rev. Arb.*, 2007, p. 644.

Paris, 1^{er} Ch, 16 octobre 2008, *Rev. Arb.*, 2008, p. 356.

Autres

Cass. Italienne, 23 février 1978, *Riv. Dir. Int. Priv. Proc*, 1978.

United States Court of Appeals (7th Circuit), arrêt *Bodum USA Inc v. La Cafetière Inc*, 2 Septembre 2010, 2010 U.S. App. LEXIS 18374.

