

ARBITRAGE

- Sentence arbitrale
- Appel
- Recours en annulation
- Coût déraisonnable

Cass. (1^{re} ch.), 7 novembre 2019

Siég. : E. Dirix (prés. sect., rapp.), A. Smetryns, K. Mestdagh, G. Jocqué et K. Moens.

Min. publ. : A. Van Ingelgem (av. gén.).

Plaid. : MM^{es} H. Geinger et J. Verbist.

(Servagri s.a. c. ESC Belgium s.p.r.l.u.).

Lorsque les parties ont prévu, dans la convention d'arbitrage, la possibilité d'interjeter appel de la sentence arbitrale, elles doivent exercer le droit d'appel avant de pouvoir introduire une demande d'annulation. Une demande d'annulation immédiate est néanmoins recevable lorsque l'appel de la sentence est soumis à des conditions financières manifestement déraisonnables.

[...]

III. La décision de la Cour.

Sur le moyen.

1. L'article 1716 du Code judiciaire dispose qu'il ne peut être interjeté appel contre une sentence arbitrale que si les parties ont prévu cette possibilité dans la convention d'arbitrage. Sauf stipulation contraire, le délai pour interjeter appel est d'un mois à partir de la communication de la sentence faite conformément à l'article 1678.

Aux termes de l'article 1717, § 1^{er}, du même Code, la demande d'annulation n'est recevable que si la sentence ne peut plus être attaquée devant les arbitres.

2. Il suit de ces dispositions que, lorsque les parties ont prévu, dans la convention d'arbitrage, la possibilité d'interjeter appel de la sentence arbitrale, elles ne peuvent introduire de demande d'annulation aussi longtemps que le délai d'appel n'est pas expiré ou aussi longtemps que l'appel est pendant devant les arbitres. Il s'ensuit également qu'elles doivent exercer le droit d'appel avant de pouvoir introduire une demande d'annulation.

3. L'article 1718 du Code judiciaire précise que la clause de la convention d'arbitrage ou d'une convention ultérieure qui exclut tout recours en annulation d'une sentence arbitrale est illicite lorsqu'une des parties est une personne physique ayant la nationalité belge ou son domicile ou sa résidence habituelle en Belgique ou une personne morale ayant en Belgique son siège statutaire, son principal établissement ou une succursale.

4. Cette disposition, qui intéresse l'ordre public, vise à empêcher que les parties ayant un lien avec la Belgique se voient priver de la protection juridique offerte par la procédure d'annulation.

Cette interdiction s'étend aux dispositions qui refusent de facto aux parties l'accès à la procédure d'annulation. Tel est le cas lorsque des conditions financières manifestement déraisonnables sont posées à l'épuisement des voies de recours préalablement à la demande d'annulation de la sentence arbitrale.

5. Il ressort des pièces auxquelles la Cour peut avoir égard que :

— tant la demanderesse que la défenderesse sont des sociétés établies en Belgique ;

— l'objet du litige représente une valeur pécuniaire d'environ 40.000 EUR ;

— par décision arbitrale du 17 mars 2017, la défenderesse a été condamnée à un montant de 40.850 EUR en principal ;

— la défenderesse a interjeté appel de la décision arbitrale auprès de la commission d'arbitrage RUCIP (Règles et usages du commerce intereuropéen de la pomme de terre) ;

— la commission d'arbitrage RUCIP a demandé le règlement d'un montant de 15.207 EUR ;

— la défenderesse n'ayant pas réglé ce montant, il a été présumé qu'elle se désistait de son appel ;

— la défenderesse a introduit une demande d'annulation de la décision arbitrale.

6. Dans ces circonstances, le juge a pu, sur la base des motifs substitués au considérant 4, légalement déclarer recevable la demande d'annulation de la sentence arbitrale du 17 mars 2017.

Le moyen, qui, fût-il fondé, ne saurait entraîner la cassation, est dénué d'intérêt, partant, irrecevable.

Observations**L'arbitrage, son coût et le droit d'accès au juge**

1. L'arrêt annoté apporte deux nouveautés au droit de l'arbitrage. En premier lieu, il clarifie la hiérarchie entre les recours en appel et en annulation d'une sentence. Ensuite, et c'est ici que l'arrêt a une portée de principe fondamentale, il ouvre la possibilité d'échapper à l'arbitrage et de revenir devant les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire lorsque le coût d'une procédure arbitrale serait manifestement déraisonnable.

2. Épuisement préalable du droit d'appel. —

Une procédure arbitrale se déroule normalement en une seule instance, sans appel. Ceci répond à un objectif de rapidité ; en outre, en l'absence de structure hiérarchique comparable à celle du pouvoir judiciaire, il n'y a pas de raison de se fier au discernement d'arbitres statuant en appel plus qu'à celui des arbitres du premier degré. Rien n'empêche toutefois les parties de convenir d'un droit d'appel si elles le souhaitent¹. C'est assez rare en pratique — les règlements d'arbitrage du CEPANI et de la CCI, par exemple, ne le prévoient pas — sauf dans les secteurs du sport² et des produits agricoles³. En l'espèce il s'agissait d'ailleurs d'un arbitrage selon les règles du commerce de la pomme de terre.

La Cour de cassation a jugé dans l'arrêt ci-dessus que, lorsqu'une sentence arbitrale est susceptible d'appel, elle ne peut pas faire l'objet d'un recours en annulation : l'appel est prioritaire et doit être épuisé avant que les parties puissent éventuellement contester devant le juge de l'annulation la sentence rendue au second degré ou les deux sentences successives. La solution est sage, même si le texte de la loi ne l'imposait pas. L'article 1717, § 1^{er}, du Code judiciaire prévoit en effet que « La demande d'annulation n'est recevable que si la sentence ne peut plus être attaquée devant les arbitres ». Une interprétation littérale de ce texte pouvait mener à la conclusion que, lorsqu'un appel arbitral est prévu, il suffit de laisser expirer le délai d'appel pour qu'un recours en annulation soit possible, puisque la sentence ne peut alors plus être attaquée devant les arbitres. C'est la lecture qu'en avaient faite l'avocat général, dans ses conclusions contraires rendues avant l'arrêt annoté⁴, ainsi que le premier juge⁵. Une doctrine quasi unanime, toutefois, y voyait déjà la règle maintenant affirmée sans ambiguïté par la Cour de cassation⁶.

3. **Le cas d'espèce.** — Le litige de l'espèce provient d'une livraison de plants de pommes

(1) Article 1716 C. jud.

(2) Voy. le règlement du Tribunal arbitral du sport, article R47. La Chambre arbitrale d'appel du TAS connaît notamment des appels dirigés contre les sentences disciplinaires prononcées par de nombreuses fédérations sportives nationales ou internationales.

(3) Voy. en particulier les règlements d'arbitrage de la Grain and Feed Trade Association (GAFTA) et de la

Federation of Oils, Seeds and Fats Associations (FOSFA).

(4) Les conclusions sont publiées sur juridat. Dans le même sens, C. VERBRUGGEN, « Article 1717 », in N. BASSIRI et M. DRAYE (dir.), *Arbitration in Belgium, A Practitioner's Guide*, Kluwer Law International, 2016, n° 18.(5) Civ. Flandre orientale, div. Gand, 1^{re} ch., 3 septembre 2018, RG n° 17/3774/A, inédit.(6) G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et international*, t. I, 3^e éd., Bruylant, 2015, n° 692 ; H. VERBIST, « De vordering tot vernietiging van de arbitrale uitspraak na de hervorming van het Belgische arbitragerecht door de wet van 24 juni 2013 », n° 10, in M. PIERS (dir.), *De nieuwe arbitragewet 2013*, Intersentia, 2013 ; P. DE BOURNONVILLE, « L'arbitrage », *Rép. not.*, Larcier, 2017, n° 269 ; I. CLAEYS et T. TANGHE,« Annulment of Arbitral Awards before Belgian Courts », in B. DEN TANDT (dir.), *The New Belgian Arbitration Law*, la Charte, 2015, p. 119, n° 3 ; G. DE BUYZER, « Art. 1717 », *Comm. Ger.*, n° 2 ; M. PIERS et M. STORME, ex. jur., « Arbitrage », *T.P.R.*, 2014, p. 859, n° 36 ; L. DEMEYERE et H. VERBIST, « De nieuwe Belgische arbitragewet van 24 juni 2013 », *R.W.*, 2014-2015, p. 83, n° 63.

de terre soumise aux Règles et usages du commerce intereuropéen des pommes de terre (RUCIP), lesquels contiennent une clause d'arbitrage avec possibilité d'appel. Servagri obtient une sentence arbitrale qui condamne ESC Belgium au paiement de 40.850 EUR. ESC Belgium fait appel de la sentence auprès de la commission d'arbitrage RUCIP où une provision de 15.207 EUR lui est demandée. Elle refuse de payer la provision, suite à quoi son appel est censé retiré, et elle introduit un recours en annulation de la sentence devant le tribunal de première instance de Gand. Le tribunal annule la sentence au motif qu'elle a été rendue hors délai⁷. Servagri se pourvoit en cassation et soutient que le recours en annulation aurait dû être déclaré irrecevable vu le non-épuisement préalable de l'appel arbitral.

La Cour de cassation donne tout d'abord raison à Servagri sur le principe : contrairement à ce qu'en disait le jugement attaqué, une partie doit exercer son éventuel droit d'appel avant de pouvoir introduire un recours en annulation. Mais la Cour ajoute que les parties ne peuvent pas être privées, fût-ce de facto par des conditions financières manifestement déraisonnables, de la protection juridique offerte par la procédure d'annulation (sauf l'hypothèse, visée à l'article 1718 du Code judiciaire et étrangère à l'espèce, d'un litige entre parties sans lien avec la Belgique). Dans les circonstances de fait indiquées, le tribunal de première instance devait donc de toute manière admettre la recevabilité du recours en annulation de telle sorte que le moyen de cassation est dénué d'intérêt.

4. Décision de principe. — La Cour de cassation admet ainsi qu'une partie qui était en principe tenue de procéder devant des arbitres puisse néanmoins, lorsque le coût d'une telle procédure serait manifestement déraisonnable, revenir devant le juge judiciaire. Certes, l'arrêt est rendu dans le contexte très particulier des recours contre une sentence arbitrale. Mais le raisonnement sous-jacent, fondé sur le caractère d'ordre public du droit à la protection juridique découlant de la procédure d'annulation, nous paraît avoir une portée de principe en raison du même caractère d'ordre public qui est attribué de manière générale au droit d'accès au juge.

5. Le droit d'accès au juge dans la jurisprudence de la CEDH. — La Cour européenne des droits de l'homme a souvent répété que le droit d'accès à un tribunal est un aspect du

droit à un procès équitable garanti par l'article 6, § 1, de la Convention. Ce droit n'est pas absolu et peut faire l'objet de limitations, notamment financières. Mais de telles limitations ne peuvent restreindre l'accès à un tribunal d'une manière ou à un point tels que le droit d'accès serait atteint dans sa substance même. Une limitation de l'accès à un tribunal ne se concilie avec l'article 6, § 1, que si elle tend à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

En particulier, en ce qui concerne les frais des procédures, la Cour considère que l'exigence de payer certains frais de justice ne saurait passer pour une restriction au droit d'accès à un tribunal incompatible en soi avec l'article 6, § 1. Le montant des frais, toutefois, doit être apprécié selon les circonstances particulières de l'affaire, y compris la solvabilité du justiciable, pour déterminer si son droit d'accès est effectivement respecté⁸. Si la somme réclamée au justiciable pour qu'il puisse poursuivre son action est excessive (le justiciable ne pouvant pas se plaindre des coûts qui résulteraient de sa propre surévaluation irréaliste de sa demande⁹), la Cour conclut qu'il y a violation de l'article 6, § 1.

6. L'arbitrage n'est pas en lui-même contraire à l'article 6, § 1, mais la Cour distingue l'arbitrage forcé de l'arbitrage volontaire. Dans le premier cas, lorsque le recours à l'arbitrage est obligatoire parce qu'il est imposé par la loi ou parce qu'une partie n'a en pratique pas d'alternative, la procédure arbitrale doit respecter toutes les exigences de l'article 6, § 1 ; en particulier, il faut en principe une audience publique¹⁰. Si l'arbitrage est volontaire, par contre, les parties peuvent renoncer à certaines des garanties prévues par la Convention. La possibilité d'une renonciation dépend du type de droit concerné : certains droits peuvent être abandonnés à la seule condition que la renonciation soit « libre, licite et sans équivoque » ; il s'agit par exemple du droit à la publicité des audiences, du droit d'introduire un recours en annulation contre la sentence ou du droit de contester l'indépendance et l'impartialité des arbitres¹¹. D'autres droits sont inaliénables ; la Cour l'a affirmé dans des arrêts déjà anciens mais, curieusement, sa jurisprudence ne paraît pas en avoir donné d'exemple concret¹².

La Cour n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer spécifiquement sur la question qui nous occupe ici : une convention d'arbitrage

(volontaire) constitue-t-elle une renonciation licite au principe que l'accès au juge ne peut pas être entravé par des restrictions financières excessives, compte tenu notamment de la solvabilité du justiciable ? Le fait que l'arbitrage soit une justice payante n'est clairement pas un problème en soi, puisque la Cour reconnaît sa compatibilité avec la Convention. Mais qu'en est-il lorsque, dans les circonstances concrètes d'une affaire, le coût d'un arbitrage est tel qu'un justiciable n'est en fait pas en mesure d'agir devant des arbitres alors qu'une action devant les tribunaux étatiques lui aurait été accessible, en raison du moindre coût de celle-ci ou grâce à un mécanisme d'assistance judiciaire ? La question reste ouverte.

7. La Cour de cassation ajoute qu'une clause d'arbitrage peut même servir à garantir le respect de l'article 6, § 1, lorsque le juge étatique ne peut pas être saisi en raison de l'immunité de juridiction dont bénéficie une organisation internationale. Des arbitres indépendants et impartiaux constituent dans un tel cas une alternative acceptable aux cours et tribunaux de l'ordre judiciaire¹³. La Cour de cassation avait auparavant décidé que ceci n'est pas le cas d'une commission de recours interne instituée par l'organisation internationale concernée, en raison du manque d'indépendance des membres de la commission¹⁴.

8. Le droit d'accès au juge dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. — La Cour constitutionnelle voit dans le droit d'accès au juge un principe général de droit, « fondamental dans un État de droit », qui a sa source notamment dans l'article 13 de la Constitution et dans l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme. Ce droit concerne tout autant le droit d'agir en justice que celui de se défendre¹⁵.

La Cour admet que l'accès au juge puisse être soumis à des restrictions financières. Comme son homologue de Strasbourg, elle exige que ces restrictions ne portent pas atteinte à l'essence même du droit d'accès au juge et qu'elles soient raisonnablement proportionnées au but légitime qu'elles poursuivent¹⁶. La Cour est extrêmement attentive au coût de l'accès à la justice et a sanctionné à plusieurs reprises le législateur fédéral ou régional à cet égard, chaque fois pour des niveaux de frais largement inférieurs à ceux qui sont courants en arbitrage¹⁷.

(7) Sur cette cause d'annulation, voy. Cass., 26 octobre 2015, *b-Arbitra*, 2017, p. 149, et note H. VERBIST, « Kan een arbitrale tussenuitspraak in een institutionele arbitrage gedaan worden na de termijn vermeld in de tussenuitspraak ? » ; O. CAPRASSE, « L'instance arbitrale et le temps », in A. SALETTI, J. VAN COMPENOLLE et J.-F. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *L'arbitre et le juge étatique*, Bruylant, 2014, p. 19, n^{os} 25-28 ; B. HANOTIAU, « L'obligation pour l'arbitre de respecter les délais d'arbitrage », *J.T.*, 1999, p. 720.

(8) C.E.D.H., arrêt *Kreuz c. Pologne*, § 60 ; arrêt *Podbielski c. Pologne*, § 30 novembre 2005, § 64 ; arrêt *Weissman c. Roumanie*, 23 octobre

2006, § 37 ; arrêt *Bakan c. Turquie*, 12 septembre 2007, § 68.

(9) Arrêt *Kupiec c. Pologne*, 6 juillet 2009, §§ 47-19 ; arrêt *Buczek c. Pologne*, 14 septembre 2016, §§ 28-30.

(10) Arrêt *Suda c. République Tchèque*, 28 octobre 2010, § 49 ; arrêt *Ali Riza c. Turquie*, 28 janvier 2020, § 174.

(11) Décision *Suovaniemi c. Finlande*, 23 février 1999 ; décision *Tabbane c. Suisse*, 1^{er} mars 2016, §§ 33-36 ; arrêt *Mutu et Pechstein c. Suisse*, 4 février 2019, §§ 122 et 180.

(12) Arrêt *Albert et Le Compte c. Belgique*, 10 février 1983, § 35 ; arrêt *H. c. Belgique*, 30 novembre 1987, § 54. Voy. M. BENEDETTELLI, « The European Convention on Human Rights

and Arbitration : The EU Law Perspective », in F. FERRARI (dir.), *The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration*, Juris, 2017, p. 463, spécialement pp. 509-510 ; G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire : droit commun de la procédure et droit transitoire*, Larcier, 2011, n^o 33.

(13) Cass., 27 septembre 2018, RG n^o C.16.0346.F.

(14) Cass., 21 décembre 2009, et concl. av. gén. Gencicot, *Pas.*, 2009, p. 3143.

(15) Outre les arrêts cités à la note 16 : C. const., 16 juillet 2015, n^o 103/2015, B.12.4.

(16) C. const., 12 mars 2020, n^o 38/2020, B.5.1, B.5.3, B.5.4 ; 13 février

2020, n^o 22/2020, B.6.1, B.6.3, B.6.4 ; 8 mai 2019, n^o 58/2019, B.7.3 ; 4 avril 2019, n^o 49/2019, B.33.1, B.33.2 ; 5 juillet 2018, n^o 87/2018, B.10.1 ; 9 février 2017, n^o 13/2017, B.11 ; 30 avril 2015, n^o 48/2015, B.18.1, B.18.2 ; 12 février 2015, n^o 17/2015, B.5.1 ; 13 novembre 2014, n^o 165/2014, B.17.1 ; 13 juin 2013, n^o 85/2013, B.3 ; 12 juillet 2012, n^o 88/2012, B.4.1, B.19.

(17) Contribution au fonds budgétaire relatif à l'aide juridique de deuxième ligne (38/2020 et 22/2020), opposition par citation plutôt que par requête contradictoire aux contraintes de l'O.N.S.S. (49/2019), ticket modérateur de l'aide juridique

9. Impécuniosité et arbitrage. — En droit belge, un courant doctrinal soutient l'idée qu'un demandeur impécunieux n'est pas tenu de respecter une clause d'arbitrage trop onéreuse pour lui et peut alors porter sa demande devant les juridictions ordinaires¹⁸. La thèse est contestée¹⁹ et ne semble pas avoir été examinée en jurisprudence. Elle se concilie difficilement avec la règle généralement admise selon laquelle un curateur est lié par une convention d'arbitrage conclue avant la faillite²⁰.

Le droit comparé ne révèle aucun consensus sur la question²¹.

En Allemagne, la Cour suprême fédérale considère que l'incapacité d'un demandeur de faire face au coût d'un arbitrage rend la convention d'arbitrage inapplicable et lui permet de saisir le juge ordinaire²². La décision se fonde sur l'article 1032, paragraphe 1, du Code de procédure civile (ZPO) qui transpose l'article 8, paragraphe 1, de la loi type de la CNUDCI et prévoit ainsi l'écartement d'une convention d'arbitrage qui est « non susceptible d'être exécutée » (*undurchführbar*). Ces termes n'ont pas été repris lors de la transposition de la loi type en droit belge ; l'article 1682, § 1^{er}, du Code judiciaire impose le respect d'une convention d'arbitrage à moins qu'elle « ne soit pas valable ou n'ait pris fin » là où la loi type disait « caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée »²³. Le raisonnement de la Cour suprême fédérale n'est donc pas importable tel quel en Belgique, malgré que le droit de l'arbitrage des deux pays soit basé sur la même loi type.

En Angleterre, l'impécuniosité d'une partie n'affecte pas la force obligatoire d'une convention d'arbitrage. Les termes correspondants — *incapable of being performed*, à l'article 9(4) de l'*Arbitration Act 1996* — y sont interprétés comme visant une impossibilité d'exécution inhérente à la convention elle-même et non l'incapacité d'une partie à exécuter ses obligations²⁴.

La cour d'appel de Paris, de même, a jugé dans l'affaire *Lola Fleurs* qu'une convention d'arbitrage ne devient pas manifestement inapplicable en raison de l'incapacité d'une partie à faire face au coût de la procédure — mais elle ajoute, de manière quelque peu cryptique, qu'il appartient alors au tribunal arbitral de permettre l'accès au juge²⁵. Dans l'affaire *Pirelli*, c'était le défendeur qui se plai-

gnait que sa demande reconventionnelle n'ait pas été traitée par les arbitres à défaut pour lui d'avoir payé la provision séparée fixée à cette fin par le secrétariat de la CCI. La Cour de cassation française a jugé qu'une telle situation ne porterait atteinte au droit d'accès à la justice que dans l'hypothèse où la demande reconventionnelle serait indissociable de la demande principale — impliquant par là que, de manière générale, le non-examen d'une demande par un tribunal arbitral en l'absence de financement de la procédure n'est pas critiquable²⁶.

10. Pro deo. — L'on pense souvent qu'aide juridique et assistance judiciaire ne sont pas disponibles en arbitrage. Le Tribunal fédéral suisse a ainsi déclaré que « l'exclusion de l'assistance judiciaire en matière d'arbitrage est conforme à la nature de l'institution : l'État n'a pas à faciliter l'accès à des tribunaux qui ne dépendent pas de lui »²⁷. La conclusion est en réalité trop rapide, en tout cas en Belgique.

L'aide juridique de deuxième ligne, c'est-à-dire l'intervention gratuite ou partiellement gratuite d'un avocat *pro deo*, est accordée pour des procédures arbitrales autant que pour des procédures judiciaires²⁸. Seules les personnes physiques peuvent en bénéficier.

Quant à l'assistance judiciaire, c'est-à-dire la dispense totale ou partielle des droits de rôle et autres et la gratuité des huissiers, l'article 665, 1^o, du Code judiciaire dispose qu'elle s'applique « à tous les actes relatifs à des demandes à porter [...] devant des arbitres ». Le Compendium de l'aide juridique — qui est obligatoire pour les avocats francophones en tant que norme déontologique — ajoute que « La procédure gratuite est demandée par exemple pour [...] l'arbitre »²⁹, ce qui suggère que les avocats sont déontologiquement tenus d'accepter une désignation comme arbitre siégeant *pro deo* à la demande d'un justiciable bénéficiaire de l'aide juridique. En pratique cette possibilité semble ne jamais être utilisée, probablement parce que les personnes morales en sont exclues³⁰.

11. Quelle solution ? — L'arrêt annoté, lu à la lumière de la jurisprudence relative au droit d'accès au juge, implique qu'il est possible pour une partie d'échapper à la force obligatoire d'une convention d'arbitrage, et de plutôt procéder devant le juge judiciaire, lorsque le supplément de coût de la procédure arbi-

trale serait tel qu'il l'empêcherait de faire valoir ses droits. Le droit d'accès au juge est d'ordre public et justifié à ce titre une exception à l'article 1682, § 1^{er}, du Code judiciaire et à l'article II de la Convention de New York. Deux cas de figure peuvent se présenter.

Le premier est celui où les frais d'arbitrage sont, objectivement, manifestement déraisonnables (la cour d'appel d'Anvers disait « exorbitants »)³¹. Il est bien entendu légitime d'en libérer les parties, mais la difficulté réside dans l'application concrète du critère. L'arrêt annoté — c'est l'unique reproche qu'on puisse lui faire — est extrêmement expéditif sur ce point : les seuls éléments pris en compte par la Cour de cassation sont les montants de l'enjeu et de la provision, respectivement de l'ordre de 40.000 et de 15.000 EUR. Or l'on se souviendra que la Cour constitutionnelle avait annulé la réforme des droits de rôle précisément parce que l'enjeu financier d'un litige n'est pas une mesure adéquate de sa complexité³². La Cour de cassation eût été mieux inspirée de confier cette appréciation de fait à une juridiction de renvoi. Le critère devra être appliqué par les juges avec mesure et réserve, conformément à la technique bien connue de l'appréciation marginale, en ayant égard aux pratiques du marché et en particulier aux barèmes communément appliqués par les institutions d'arbitrage.

L'autre cas de figure est celui de l'impécuniosité d'une partie, généralement le demandeur (lorsque le défendeur n'est pas capable de financer sa part de la provision, le demandeur fait habituellement l'avance de la totalité de la provision de façon à débloquer la situation). Deux solutions alternatives sont possibles. Soit l'on accepte que le demandeur impécunieux puisse alors porter sa demande devant le juge ordinaire, mais uniquement après qu'il ait donné au défendeur l'occasion de financer lui-même, en tout ou en partie, la part de provision que le demandeur est incapable de payer. Soit l'on met en place une forme de *pro deo* ; le mécanisme sera peu utilisé mais sa simple existence permettra de couper court à des mauvaises contestations sur la force obligatoire de certaines conventions d'arbitrage. Au vu du nombre de volontaires qui siègent gratuitement comme juges ou conseillers suppléants au sein du pouvoir judiciaire, il ne devrait pas y avoir de grande difficulté à trouver des candidats disposés à siéger « à moitié prix » comme arbitres. La

(77/2018), droits de rôle (13/2017, 85/2013 et 88/2012). Voy.

T. MOONEN, « Recht op toegang tot de rechter - Financiële drempels », *NjW*, 2019, p. 682.

(18) J. DECKER, « Blijft een onvermogen eiser gebonden door arbitrage ? », *R.D.C.*, 2003, p. 801 ; J. LAENENS e.a., *Handboek gerechtelijk recht*, 4^e éd., Intersentia, 2016, p. 111, note infrapaginale n^o 940 ; E. DIRIX (par ailleurs rapporteur de l'arrêt annoté), « Arbitragebeding en ontoreikende faillissementsboedel », *R.W.*, 2009-2010, p. 281, n^o 4.

(19) M. STORME et M. VOORDECKERS, ex. jur., « Arbitrage », *T.P.R.*, 2005, p. 1243, n^o 26.

(20) Cass., 8 mai 1998, *Pas.*, 1998, I,

529 et note J.S., *RPS*, 2010, p. 177 et note G. KEUTGEN ; Gand, 21 février 2006, *R.W.*, 2009-2010, p. 279 (pourvoi rejeté par Cass., 29 mai 2009, RG n^o C.06.0264.N, juridat) ; A. ZENNER, *Traité du droit de l'insolvabilité*, Anthemis, 2019, n^o 1357.

(21) M. CARDOSO, « Impecunious parties in international commercial arbitration », *Arb. Intl.*, 2020, p. 123 ; P. ZIVKOVIC, « Impecunious Parties in Arbitration : An Overview of European National Courts' Practice », *Croat. Arb. Y.B.*, 2016, p. 33 ; German Institution of Arbitration (ed.), *Financial Capacity of the Parties*, Peter Lang, 2004.

(22) BGH, 14 septembre 2000, *Y.B. Com. Arb.*, 2002, p. 265 et www.dissarb.org.

(23) Les travaux préparatoires indiquent cependant que cet article est la transposition de la loi type (exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., 2012-2013, n^o 2743/1, p. 16).

(24) *Paczy v Haendler & Natermann* [1981] 1 *Lloyds Rep* 302, *Y.B. Com. Arb.*, 1984, p. 445. L'arrêt faisait référence à l'*Arbitration Act 1975*. Les mots *incapable of being performed* n'y ont pas été importés de la loi type, non transposée en Angleterre, mais de la Convention de New York.

(25) Paris, 26 février 2013, *Lola Fleurs c. Monceau Fleurs*, *Rev. arb.*, 2013, p. 749. Voy. aussi Cass. fr., 13 juillet 2016, *MJA c. Airbus Helicopters*, *Rev. arb.*, 2016, p. 963.

(26) Cass. fr., 28 mars 2013, *Pirelli c. Licensing Projects*, *Rev. arb.*, 2013,

p. 746, cassant Paris, 17 novembre 2011, *Rev. arb.*, 2012, p. 387.

(27) Trib. féd., 9 février 2017, 4A_690/2016, *ASA Bull.*, 2017, p. 670, § 5.

(28) Rubrique 16 (« Arbitrage ») de la nomenclature des points annexée à l'arrêté ministériel du 19 juillet 2016.

(29) *M.B.*, 22 octobre 2019, 2^e éd., p. 100188, § 5.3.

(30) Les conditions d'éligibilité sont fixées par un arrêté royal du 18 décembre 2003.

(31) Anvers, 5 mai 2008, inédit, cité par G. KEUTGEN et A. GOESSENS, ex. jur., « L'arbitrage », *J.T.*, 2014, p. 821, n^o 50.

(32) C. const., 9 février 2017, n^o 13/2017, B.13.

nécessaire impartialité des arbitres ne permet en effet pas de prévoir qu'ils seront rémunérés au tarif plein s'ils donnent tort à la partie solvable et condamnent celle-ci à la totalité des frais de l'arbitrage, mais qu'ils ne seront pas rémunérés du tout, ou très peu, si c'est la partie impécunieuse qui succombe et doit supporter les frais. La partie solvable devra dans tous les cas avancer puis garder à sa charge la moitié des frais. Certes, ceci est défavorable à la partie solvable qui gagne un arbitrage ; mais c'est également le sort de celui qui gagne un procès face à une partie bénéficiant de l'aide juridique de deuxième ligne, et qui n'a alors droit qu'à l'indemnité de procédure minimale. Ceci « fait partie », selon la Cour constitutionnelle, « des aléas de la procédure, de même que tout justiciable peut se trouver confronté à un adversaire insolvable »³³. Le choix entre les deux solutions devrait être fait, et leur mise en œuvre assurée, par les règlements des institutions d'arbitrage.

Yves HERINCKX

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

OFFICE DU JUGE

- Conception factuelle de la cause
- Assurances
- Omissions ou inexactitudes à la conclusion du contrat
- Caractère intentionnel

Cass. (1^{re} ch.), 3 janvier 2019

Siég. : C. Storck (prés. sect.), M. Delange, M. Lemal, M.-C. Ernotte et S. Geubel.

Min. publ. : T. Werquin (av. gén.).

Plaid. : M^e G. de Foestraets.
(P&V Assurances c. N.A.).

Le juge est tenu de trancher le litige conformément à la règle de droit qui lui est applicable et a, dès lors, l'obligation de déterminer cette règle.

L'arrêt qui refuse d'examiner si les omissions non intentionnelles antérieures à la conclusion du contrat sont susceptibles de justifier une limitation de l'intervention de l'assurance sur la base de l'article 7 de la loi du 25 juin 1992 relative au contrat d'assurance terrestre (actuel article 60 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances) au motif que cette dernière n'invoque pas l'hypothèse prévue à cette disposition et ne formule à titre subsidiaire aucune demande de ce chef, ne justifie pas légalement sa décision.

I. La procédure devant la Cour.

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt rendu le 3 octobre 2017 par la cour d'appel de Mons.

[...]

III. La décision de la Cour.

Sur le premier moyen.

Quant à la seconde branche.

Le juge est tenu de trancher le litige conformément à la règle de droit qui lui est applicable et a, dès lors, l'obligation de déterminer cette règle.

Dans ses conclusions, la demanderesse demandait de constater la nullité du contrat d'assurance pour omission intentionnelle de la défenderesse de déclarer, lors de la conclusion de ce contrat, différentes circonstances car « elle n'aurait évidemment jamais accepté de couvrir [le] risque [si elle] avait été correctement informée ». Elle se prévalait, au départ de ces mêmes faits, de l'« intention frauduleuse [de la défenderesse] de ne pas déclarer l'aggravation du risque durant l'exécution du contrat » et « [refusait] logiquement d'intervenir en faveur de [la défenderesse] ». Elle considérait enfin que « si, par impossible, [la cour d'appel] devait considérer que le défaut de déclaration d'aggravation du risque n'était pas intentionnel, [elle] ne pourra être tenue d'effectuer sa prestation dans la mesure où elle apporte la preuve qu'elle n'aurait en aucun cas assuré le risque aggravé », en sorte

que sa prestation « se limitera dès lors au remboursement des primes ».

L'arrêt relève qu'au moment de la conclusion du contrat, « il incombait [à la défenderesse] de déclarer à [la demanderesse] les sinistres survenus au cours des années antérieures et susceptibles de rentrer dans le champ d'application de la police [de cette dernière] » car « un sinistre antérieur, même non déclaré à un précédent assureur, constitue [...] un élément d'appréciation du risque » qui n'a pas plus été déclaré et qu'elle « aurait également dû déclarer à [la demanderesse] la résiliation du précédent contrat pour cause de sinistralité par la société AG Insurance ».

Il considère qu'« il n'apparaît cependant pas que ces absences de déclaration seraient intentionnelles », que, « pour ce qui concerne des circonstances dont l'assuré avait connaissance antérieurement à la souscription du contrat, ce sont les articles 5, 6 et 7 de la loi [du 25 juin 1992 relative au contrat d'assurance terrestre] qui s'appliquent, à l'exclusion de l'article 26, [qui] ne vise que les circonstances nouvelles ou les modifications de circonstances qui sont de nature à entraîner une aggravation sensible du risque », et qu'« en l'espèce, toutes les circonstances invoquées par [la demanderesse] existaient avant le 9 juin 2011 », date de la conclusion du contrat.

L'arrêt, qui refuse ensuite d'examiner si ces omissions non intentionnelles antérieures à la conclusion du contrat sont susceptibles de justifier une limitation de l'intervention de la demanderesse sur la base de l'article 7 précité au motif que celle-ci « n'invoque pas l'hypothèse prévue à [cette disposition] (omission non intentionnelle) et ne formule à titre subsidiaire aucune demande de ce chef », ne justifie pas légalement sa décision que la demande d'indemnisation de la défenderesse est fondée.

Le moyen, en cette branche, est fondé.

Par ces motifs :

La Cour

Casse l'arrêt attaqué ;