

C.22.0348.F

Conclusions de Mme l'avocat général Bénédicte Inghels :

1. Le contexte.

1. Le 6 août 1994, la République de Pologne (ci-après, la Pologne ; ensuite, dans l'examen des moyens, la défenderesse) et les Etats-Unis d'Amérique ont conclu un Traité bilatéral concernant les relations commerciales et économiques (ci-après, le TBI). L'article IX, § 3 du TBI soumet à l'arbitrage tout litige d'investissement.

La société MANCHESTER SECURITIES CORP. (ci-après, MSC ; ensuite, dans l'examen des moyens, la demanderesse) est une société privée d'investissement de droit américain. En 2006, elle a conclu un accord de coopération visant l'émission d'obligations avec une société FIRMA INWESTYCYJNA LEOPARD SA (ci-après, la société Léopard), société de développements immobiliers. Cet accord prévoit la vente d'obligations en faveur de MSC jusqu'à la valeur maximale de 150 millions PLN (zloti polonais).

En parallèle, la société Léopard a cherché à financer ses projets immobiliers par des accords préliminaires avec des acheteurs potentiels des appartements résidentiels. Elle a aussi contracté des emprunts avec des banques d'Etat, dont la Powszechna Kasa Oszczedosci Bank Polski SA (ci-après, PKO).

Les droits respectifs des investisseurs étaient garantis par des hypothèques de premier et/ou second rang selon les biens, et les acheteurs ont obtenu des hypothèques en rang subséquent.

A la suite de la défaillance de la société Léopard, MSC a entamé diverses procédures. La première tendait à l'exécution forcée d'un immeuble (Wierzbowa) sur lequel elle détenait une hypothèque de premier rang. En synthèse, au terme de la procédure, l'hypothèque détenue par MSC a été invalidée car jugée contraire aux principes de coexistence sociale consacrés par l'article 58 du Code civil polonais. MSC a dès lors introduit une seconde procédure, tendant à l'annulation de l'hypothèque détenue par PKO, sur la base du même principe de coexistence sociale. De manière synthétique, au terme de la procédure, sa demande a été déclarée irrecevable.

La société Léopard a entretemps été déclarée en faillite. Dans le cours de la procédure de liquidation collective, la propriété des appartements Wierzbowa a été transférée aux acheteurs potentiels moyennant le paiement par eux des travaux d'achèvement.

2. Par une notification d'arbitrage du 9 mars 2015, MSC a entamé une procédure d'arbitrage sur la base de l'article IX, § 3 du TBI.

La procédure, menée sous l'égide de la Cour permanente d'Arbitrage à La Haye, a été conduite en application du règlement CNUDCI. Le siège de l'arbitrage a été fixé à Bruxelles.

Le 7 décembre 2018, le tribunal arbitral a prononcé une sentence par laquelle :

- il a condamné la Pologne à payer à MSC un montant en principal de 37.603.514,12 PLN, augmenté des intérêts ;

- il a ordonné à MSC de se désister de ses actions menées en Pologne, en relation à l'Accord d'Achat d'Obligations touchant le fond du litige d'investissement, à concurrence du montant en principal alloué par le tribunal arbitral et versé par la Pologne.

3. Par citation du 6 mars 2019, la Pologne a introduit une demande d'annulation de la sentence arbitrale devant le tribunal de première instance de Bruxelles.

Le jugement attaqué déclare la demande de la Pologne recevable et fondée. Il annule la sentence arbitrale prononcée le 7 décembre 2018 entre MSC et la Pologne et portant le numéro de dossier PCA Case n° 2015-18.

4. Par requête déposée au greffe de la Cour de cassation le 28 septembre 2022, et signifiée le 27 septembre 2022, MSC a formé un pourvoi en cassation. Elle présente deux moyens.

Le premier est dirigé contre le jugement attaqué en ce qu'il décide que la violation de la notion de « déni de justice » fait automatiquement partie de l'ordre public international belge, et ce en violation de la notion de « déni de justice », telle que consacrée par les dispositions visées au moyen, et en violation des articles 149 de la Constitution, 1717, § 3, b), ii) du Code judiciaire et 21 et 25, § 1, 1° du Code de droit international privé.

Le second moyen est dirigé contre le jugement attaqué en ce qu'il rejette l'existence d'un déni de justice, et ce en violation de la notion de « déni de justice », telle que consacrée par les dispositions visées au moyen, et ce, en violation de l'article 6.1. de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après C.E.D.H.), des articles 10, 11 et 149 de la Constitution, du principe général de droit de la violation de la foi due aux actes, ainsi que les articles 8.17 et 8.18 du Code civil, du principe général de droit prohibant la discrimination, tels que les articles 6 de la C.E.D.H. et 10 et 11 de la Constitution en sont l'expression et du principe général de droit prohibant l'arbitraire, tel que l'article 6 C.E.D.H. en est l'expression.

2. Discussion.

Sur le second moyen, quant à la troisième branche,

5. Le moyen, en cette branche, fait grief au jugement attaqué de procéder à une révision des motifs de la sentence arbitrale en constatant l'existence d'un déni de justice international, sans examiner dans quelle mesure le résultat de la sentence elle-même violerait la notion belge d'ordre public international.

Le grief est dirigé contre les motifs du jugement attaqué, qui décide que « l'examen au fond de ces facteurs distinctifs opérés par le tribunal arbitral ne permet pas de constater qu'il disposait d'éléments flagrants pour pouvoir conclure à une discrimination manifeste, et partant, à un déni de justice (...) » et qu'il « ressort de l'ensemble des éléments qui précèdent que le tribunal arbitral n'a pu raisonnablement considérer qu'au terme de son arrêt Wierzbowa, la Cour suprême avait adopté une attitude manifestement discriminatoire à l'égard de MSC engageant la responsabilité de la Pologne pour un déni de justice commis par sa plus haute juridiction ».

La demanderesse fait valoir qu'en vertu de l'article 1717 du Code judiciaire, le juge de l'annulation n'aborde pas l'affaire au fond et n'exerce pas de contrôle de légalité de la sentence arbitrale et que, même dans les cas où il doit vérifier que la sentence n'est pas

contraire à l'ordre public, sa mission est limitée à la vérification de la comptabilité avec l'ordre public international des seuls effets juridiques susceptibles d'être réellement produits par la règle du droit étranger applicable sur l'ordre public international belge. Concernant plus particulièrement la violation de l'ordre public international, en matière d'annulation de sentences arbitrales, la demanderesse soutient que c'est le résultat de la sentence lui-même qui doit violer l'ordre public international belge sans que [le juge puisse] vérifier la pertinence des motifs invoqués par l'arbitre et y substituer son appréciation, les causes d'annulation ne visant pas le mal jugé. Par conséquent, la demanderesse estime que le jugement attaqué viole l'article 1717 du Code judiciaire.

6. L'article 1717, § 3, du Code judiciaire dispose qu' « une sentence arbitrale ne peut être annulée que : [...]

b) si le tribunal de première instance constate : [...]

ii) que la sentence est contraire à l'ordre public ».

Cette formulation négative indique les limites imposées au juge de l'annulation. Le recours en annulation consiste en un « procès fait à un acte¹ ». La doctrine énonce que le juge étatique « considère, non pas l'affaire que le tribunal arbitral a tranché, mais la manière dont il l'a tranché ou, mieux encore, il juge la sentence elle-même ». Le juge est ainsi le contrôleur « aussi bien à l'égard des activités qui tendent au règlement non judiciaire qu'à l'égard des actes eux-mêmes qui constatent ces règlements² ».

Il s'en déduit une interdiction pour le juge de réviser au fond³, ce qui implique « une impossibilité de sanctionner les erreurs de fait ou les erreurs de droit commises par l'arbitre⁴ ».

7. La question posée par le moyen, en cette branche, porte notamment sur l'intensité du contrôle de la sentence par le juge lorsqu'il s'agit de contrôler le respect de celle-ci à l'ordre public international.

Cette question a trait, d'abord, à l'appréciation de l'ordre public international en lui-même. Comme l'écrivait M. l'avocat général Werquin dans ses conclusions précédant l'arrêt de la Cour de cassation du 18 juin 2007⁵ : « l'ordre public international belge peut s'imposer de deux manières : négativement, par l'éviction d'une loi ou d'un acte d'une autorité étrangère jugés choquants au regard des principes fondamentaux belges ou, positivement, par le plein exercice d'un droit en vue de promouvoir des valeurs essentielles⁶. Le juge ne doit vérifier la compatibilité avec l'ordre public international que des seuls effets juridiques susceptibles d'être produits par la règle de droit étranger déclarée applicable⁷ ».

¹ A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Faculté de droit de Liège, 2^e éd., 1987, p. 712.

² G. DE LEVAL, L'arbitre et le juge étatique : quelle collaboration ?, *Rev. Dr. Intern. Comp.*, p. 17.

³ B. HANOTIAU et O. CAPRASSE, « L'annulation des sentences arbitrales », *JT* 2004/16, n° 6136, pp. 413-428 ; G. KEUTGEN et G.A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et international*, T.1, 2015, p. 546 ; M. DAL, « Les recours contre les sentences arbitrales en droit belge », in A. SALETTI, J. VAN COMPERNOLLE et J.Fr. VAN DROOGHENBROECK, (dir.), *L'arbitre et le juge étatique. Etudes de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia*, Bruxelles, Bruylant 2014, pp. 345 à 366.

⁴ J.B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, Paris, 1999, p. 535, point 952.

⁵ Cass. 18 juin 2007, RG C.04.0430.F, *Pas.* 2007, n° 332 avec concl. de M. WERQUIN, avocat général.

⁶ Citant N. WATTÉ, « Droit international privé, Examen de jurisprudence (1990 à 2002) », *RCJB* 2003, p. 490.

⁷ Citant Cass. 2 avril 1981, RG 6299, *Bull.et Pas.*, I, 835 ; N. WATTÉ, « Quelques remarques sur la notion de l'ordre public en droit international privé », *RCJB* 1989, p. 78 ; mais citant également, *contra*, F. RIGAUX et M.

8. Appliquée au contrôle de la sentence par le juge belge, la question de l'intensité de ce contrôle est délicate « car elle met en présence des exigences contradictoires. En effet, s'il y a lieu de contrôler le respect de l'ordre public par l'arbitre, l'action en annulation ne peut emporter de révision au fond de la sentence⁸ ». Le juge étatique se trouve écartelé entre deux impératifs contradictoires : d'une part, assurer une protection effective de l'ordre public dont il est le gardien ; d'autre part, ne pas procéder à une révision au fond de la sentence.

Messieurs HANOTIAU et CAPRASSE soulignent que deux tendances peuvent être observées : « Suivant un premier courant, le contrôle de la sentence au titre de l'ordre public devrait être minimaliste à défaut de quoi il verserait dans une véritable révision au fond : dans cette optique, « peu importe que la règle d'ordre public ait été mal appliquée, seul compte le fait que l'arbitre ne l'ait pas ignorée et l'ait mise en œuvre » ; le juge n'a pas à contrôler la qualification donnée par l'arbitre au contrat lorsque celle-ci commande l'applicabilité d'une règle d'ordre public, 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. Suivant le second courant, en présence d'une norme d'ordre public, le juge doit opérer un contrôle en droit et en fait du litige sous peine que son contrôle ne soit complètement artificiel⁹ ».

9. Mais en réalité, quelle que soit l'approche retenue, minimaliste ou maximaliste¹⁰, ce qui n'est pas l'objet du moyen en cette branche, il existe un point de convergence.

Ainsi, l'enseignement de Votre Cour est en toute hypothèse applicable. Dans un arrêt prononcé le 28 novembre 2014, elle considère que les dispositions du Code judiciaire applicables à l'époque n'impliquent pas que le juge de l'annulation de la sentence puisse apprécier à nouveau le litige à la lumière des dispositions d'ordre public dont l'arbitre a fait application mais qu'il est tenu de contrôler si la sentence elle-même contredit l'ordre public¹¹.

Dans un récent arrêt, rendu le 26 février 2021, elle considère qu'« il ne suit pas de ces [articles 1717 et 1721 du Code judiciaire] que le juge doit apprécier le litige à l'aune de ces dispositions qui touchent à l'ordre public dont il est fait application dans la sentence arbitrale, mais uniquement qu'il est tenu de vérifier si, soit la sentence arbitrale, soit sa reconnaissance ou son exécution, est contraire à l'ordre public¹² ».

10. Concrètement, « qu'est-ce que “constater que la sentence est contraire à l'ordre public”[...]»¹³ ? Le juge étatique n'a pas à refaire le procès à la lumière des règles d'ordre public : seule la sentence dont les effets concrets seraient contraires à l'ordre public doit être censurée¹⁴.

FALLON, *Droit international privé*, t.II, n° 1048 : « L'appréciation de la mise en oeuvre de l'exception d'ordre public doit être fonction à la fois de la nature des effets qu'il est demandé à la loi étrangère normalement applicable de produire et de l'intensité du rattachement de la situation avec l'ordre juridique du for ».

⁸ B. HANOTIAU et O. CAPRASSE, *op. cit.*, n° 36.

⁹ R. JAFFERALLI, « L'ordre public, de l'arbitrage international aux conflits de juridiction », in R. JAFFERALLI, V. MARQUETTE et A. NUYTS (coord.), *Liber amicorum N. Watté*, Bruxelles, Bruylant 2017, pp. 328-329, n° 13.

¹⁰ R. JAFFERALLI, *op. cit.*, n° 13.

¹¹ Cass. 28 novembre 2014, RG C.12.0517.N, *Pas.* 2014, n° 736, avec concl. de M. VANDEWAL, avocat général, publiée à leurs date dans AC.

¹² Cass. 26 février 2021, RG C.20.0331.N, *Pas.* 2021, n° 144, [ECLI:BE:CASS:2021:ARR.20210226.1N.3](#).

¹³ P. D'ARGENT, « Contrôle de conformité d'une sentence arbitrale à l'ordre public international belge », *b-arbitra*, 2022/2, p. 403.

¹⁴ R. JAFFERALLI, *op. cit.*, n° 13.

Chacun admet qu' « une annulation ne peut intervenir si la violation de l'ordre public n'est pas effective. Ainsi, l'arbitre qui déclare à tort illicite un contrat qui ne l'était pas ne consacre pas une solution contraire à l'ordre public même si, ce faisant, il procède à une mauvaise application de l'ordre public. En effet, ce qui est grave au regard de l'ordre public, c'est de donner effet à une convention qui lui est contraire et non d'annuler une convention licite¹⁵ ». Cet exemple est également cité par J.B. Racine, qui énonce à cet égard que « seules les erreurs de droit emportant une contrariété de la solution à l'ordre public doivent être sanctionnées¹⁶ ». Ou encore « si les arbitres ont omis d'appliquer ou ont appliqué de manière incorrecte une règle relevant de l'ordre public ou relevant du doit impératif mais que la solution à laquelle ils aboutissent n'est pas contraire à une telle règle, la sentence devrait être maintenue¹⁷ ». La solution est constante en doctrine, « si le tribunal arbitral a manqué d'appliquer une telle disposition ou de l'appliquer correctement, mais que la solution n'est pas contraire à cette disposition, la sentence ne devrait pas encourir la sanction de l'annulation¹⁸ ». La violation de l'ordre public doit être effective. Une erreur dans l'application d'une règle d'ordre public n'entraîne pas nécessairement l'annulation¹⁹.

Pour cerner les limites, mais aussi l'intensité du contrôle du juge, il faut retenir que « le juge de l'annulation doit considérer la sentence comme un acte juridique achevé au sujet duquel il n'a pas de pouvoir de réformation, d'appel ou de révision, et la question lui revenant est celle de savoir si la solution donnée au litige par la sentence est acceptable, ou non, au regard de l'ordre public dont il est le gardien. Pour en décider, il n'y a pas lieu de s'interroger sur le caractère raisonnable de la solution arbitrale au regard de la norme d'ordre public appliquée aux faits – ce qui reviendrait à vérifier le bien-fondé de la sentence [...] – il y a seulement lieu de s'interroger sur la question de savoir si cette solution est contraire à l'ordre public dont cette norme relève²⁰ ».

En d'autres termes encore, le juge de l'annulation doit procéder à une double vérification : le tribunal arbitral a-t-il (correctement) appliqué une disposition de l'ordre public international et, dans la négative, la sentence litigieuse produit-elle des effets contraires à l'ordre public ?

Ce contrôle en deux temps porte en lui ses exigences et ses limites, puisqu'il « ne s'agit donc pas d'un contrôle de justesse ou de la qualité du raisonnement juridique tenu par les arbitres mais de l'analyse du résultat de la sentence par rapport à l'ordre public international. C'est donc l'effet de la sentence sur l'ordre juridique du juge de l'annulation qui est l'étalon de mesure, non la sentence elle-même²¹ ».

11. Or, que fait le jugement attaqué ?

Il décide que « le tribunal arbitral n'a pu raisonnablement considérer qu'au terme de son arrêt Wierzbowa, la Cour suprême [de Pologne] avait adopté à l'égard de [la demanderesse] une

¹⁵ B. HANOTIAU et O. CAPRASSE, *op. cit.*, n° 38.

¹⁶ J.B. RACINE, *op. cit.*, p. 535, n° 952.

¹⁷ P. LEFEBVRE et M. 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*, 2014/2, p. 333, n° 58.

¹⁸ D. CHOCHITAICHVILI, « Annulation d'une sentence arbitrale pour contrariété à l'ordre public : normes d'urbanisme et de logement », *b – arbitra*, 2018/2, p. 368, n° 10.

¹⁹ A. HUBLET, « Contrôle de l'ordre public par le juge de l'annulation : contenu et étendue en l'absence de proximité avec le for », *RDC* 2021, p. 133, n° 52.

²⁰ P. D'ARGENT, *op. cit.*, p. 405.

²¹ A. HUBLET, *op. cit.*, n° 59.

attitude manifestement discriminatoire engageant la responsabilité de la Pologne pour un déni de justice commis par sa plus haute juridiction ».

Certes, mais pour autant, cette sentence a-t-elle pour effet de violer l'ordre public ?

C'est ce que ne vérifie pas le tribunal de première instance, qui ne procède pas, dans un second temps, à un examen des effets de la sentence sur l'ordre public dont il est le garant. En d'autres termes, à défaut d'avoir vérifié la violation concrète, effective, de la sentence sur l'ordre public, le juge d'annulation a pu apparaître « comme un organe d'appel de la sentence, qui procède à une vérification du raisonnement du tribunal arbitral », ce qui n'est pas sa mission²².

En décidant d'annuler la sentence litigieuse sur cette seule base, sans examiner les effets de cette sentence sur l'ordre public, j'incline à penser que le jugement attaqué viole l'article 1717, § 3, b), ii), du Code judiciaire et que le second moyen, en cette branche, étant fondé, il suffit à entraîner la cassation de l'arrêt attaqué.

Conclusion :

Cassation.

²² A. HUBLET, *op. cit.*, n° 69.