

La renonciation aux garanties du procès équitable

Sur la piste d'une approche contextuelle de la renonciation ?

Mémoire réalisé par
Livia Dubois

Promoteur(s)
Jean-François van Drooghenbroeck

Année académique 2016-2017
Master en droit

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une oeuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

REMERCIEMENTS

En franchissant la ligne d'arrivée, je suis convaincue qu'il m'aurait été difficile d'entreprendre pareille course et d'enjamber les nombreuses haies qui se sont dressées sans le soutien et la générosité de nombreuses personnes. Leurs paroles tantôt encourageantes, tantôt rassurantes m'ont accompagné tout au long de cette aventure et ont guidé mes réflexions et développements.

Je tiens particulièrement à exprimer toute ma reconnaissance à mon promoteur de mémoire, Monsieur Jean-François van Drooghenbroeck, qui tel un entraîneur, m'a accompagné et guidé vers la « dernière ligne droite ». En bout de piste, je tiens à le remercier pour ses précieux conseils et son avis éclairé, ses qualités d'écoute et de compréhension. Il n'a pas non plus hésité à me présenter à Mademoiselle Stéphanie van der Beek, assistante en droit, qui n'a cessé de m'épauler tout au long de nos discussions et entretiens animés. Ces deux personnes ont participé à toutes les étapes intermédiaires de la course et je n'oublierai jamais leur contribution à ce projet.

Enfin, il m'est toujours délicat de trouver les mots justes pour exprimer ma gratitude envers mes parents et ma sœur, qui participent depuis ma plus tendre enfance à toutes mes entreprises, tous mes projets.

*

SOMMAIRE

Remerciements	4
Sommaire	5
Introduction.....	7
Chapitre I^{er} – La délimitation du champ d'étude aux garanties du procès équitable	9
Section 1 – Le procès équitable : Un « modèle universel ».....	9
Section 2 – La distinction initiale entre « droits fondateurs de liberté » et « droits de sauvegarde »	10
Chapitre II – L'étude de la renonciation aux garanties du procès équitable.....	12
Section 1 – La notion de renonciation	13
§ 1 ^{er} – Eléments de définition	13
A. La renonciation à un droit	13
B. ... ou à l'exercice d'un droit ?.....	14
§ 2 – Une manifestation de volonté abdicative.....	15
A. Une manifestation de volonté	15
B. ... abdicative	16
C. Les conditions de validité de l'acte de renonciation	16
Section 2 – L'ordre public : Un obstacle à la renonciation aux garanties du procès équitable ?.....	17
§ 1 ^{er} – L'objet de la renonciation	18
§ 2 – Ordre public et renonciation : Une <i>contradictio in terminis</i> ?	18
A. La Convention et l'ordre public interne	18
B. L'opposition entre l'ordre public et les lois impératives au sens du droit belge.....	21
i. L'opposition traditionnelle entre l'ordre public et les lois impératives ..	21
a. Eléments de définition	21
b. L'opposition au regard de l'intérêt protégé	23
c. L'opposition au regard des conséquences	23
ii. Les nuances apportées à l'opposition traditionnelle.....	26
a. Une opposition sujette à critiques dès l'origine.....	26
b. L'opposition sur la base de l'intérêt protégé	27
c. L'opposition quant aux conséquences	28
d. Conclusion intermédiaire	30
C. L'intérêt de ces nuances pour la renonciation aux garanties du procès équitable	31
i. Les solutions existantes	31
a. Une matière d'ordre public peut accoucher de règles impératives....	32
b. Une règle peut n'être d'ordre public qu'au regard de sa substance ..	32
c. Une règle d'ordre public peut être simultanément impérative	33
ii. Réfutation des solutions existantes.....	33

iii. Le glissement d'une approche conceptuelle vers une approche contextuelle	35
a. Les conséquences sont fonction des circonstances.....	35
b. La consécration des circonstances entourant la renonciation.....	36
D. Propos de conclusion afférents à l'ordre public.....	37
Section 3 – Les circonstances temporelles de la renonciation.....	38
§ 1 ^{er} – La détermination du moment de la renonciation	38
A. Le critère retenu	39
B. L'élément-clé : L'existence d'une « contestation »	39
§ 2 – Premier temps : La renonciation <i>a posteriori</i> aux garanties du procès équitable.....	41
A. La théorie de la renonciation pendant l'instance.....	41
i. Absence d'exercice d'une garantie procédurale en cours d'instance.....	42
ii. Inaction à la suite de l'atteinte à une garantie procédurale	43
B. La théorie de la renonciation avant l'instance.....	43
i. L'arrêt Golder et le droit d'accès au juge.....	44
ii. La renonciation au droit d'accès au juge une fois le litige né	44
C. Bilan de la renonciation <i>a posteriori</i>	45
§ 3 – Second temps : La renonciation « à l'aveugle »	46
A. La première balise : La renonciation <i>a priori</i> partielle aux garanties du procès équitable	47
i. L'accès au juge.....	48
ii. La garantie de publicité	50
iii. La garantie d'impartialité ?	50
B. La seconde balise : La défense de consentir <i>par avance</i> à d'éventuelles violations des garanties du procès équitable.....	51
i. La renonciation par avance à l'exercice des voies de recours.....	51
a. L'élément-clé : Le prononcé du jugement.....	52
b. Le défaut de motivation : Une irrégularité grave ?	55
c. Le parallèle avec la théorie de l'appel-nullité.....	56
ii. La renonciation par avance à introduire un recours en annulation de la sentence arbitrale	59
a. L'élément-clé : Le prononcé de la sentence arbitrale.....	59
b. L'exception tirée de l'arbitrage international en Belgique.....	60
C. Bilan de la renonciation à l'aveugle	61
Section 4 – Les circonstances personnelles de la renonciation	62
§ 1 ^{er} – L'exigence d'une renonciation éclairée.....	63
§ 2 – La renonciation <i>a posteriori</i> éclairée	63
§ 3 – La renonciation à l'aveugle.....	64
§ 4 – Bilan de la renonciation éclairée.....	66
Conclusion	67
Bibliographie	71

INTRODUCTION

La figure de la renonciation à un droit n'est guère une terre obscure et énigmatique au sein de notre système juridique, au vu des généralités développées en la matière en droit privé¹. Pas plus qu'elle n'est étrangère au contexte de la Convention européenne des droits de l'Homme² (*ci-après citée*, « la CESDH » ou « la Convention »), plus particulièrement de l'article 6 de cette dernière, puisque « (...) c'est dans le domaine des garanties procédurales que la thématique de la renonciation trouve son terrain de prédilection »³.

Le présent travail vise à défricher habilement le terrain de la renonciation en considérant deux éléments en particulier. L'un dévoilera très vite le premier obstacle que nous serons amenés à surmonter : l'article 6 de la Convention étant une disposition qui intéresse l'ordre public⁴, il est généralement admis qu'il n'est guère possible d'exercer sa faculté de renonciation à l'égard de droits relatifs à ce même terrain de jeu⁵. Cette première anicroche amène une interrogation des plus opportunes : est-il réellement possible de *renoncer* aux garanties du procès équitable ? Tout au long de l'étude proposée, l'on sera amené à nuancer ce caractère d'ordre

¹ Cons. notamment : P. BAZIER, « La renonciation à un droit et la rechtsverwerking en droit privé », *Chroniques de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations (2000 – 2013)*, sous la direction de P. Wéry, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 135 à 198. ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis – Deel 2*, Anvers, Intersentia, 2000, pp. 907, n° 698 à 912, n° 700. ; S. JANSEN, « Afstand van recht : een eenzijdige rechtshandeling », note sous Cass., 24 décembre 2009, *T.B.B.R.*, 2011, pp. 333 à 343. ; F. RIGAUX, « Les renonciations au bénéfice de la loi en droit civil belge », *Travaux de l'Association Henri Capitant (1959-1960)*, Paris, Dalloz, 1963, pp. 385 à 440. ; A. VAN OEVELEN, « Afstand van recht en rechtsverwerking in het individuele arbeidsovereenkomstenrecht », *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, sous la direction de M. Rigaux, Anvers, Maklu, 1993, pp. 33 à 75. ; P. VAN OMMESELAGHE, « Rechtsverwerking en afstand van recht », *T.P.R.*, 1980, pp. 735 à 791.

² Nous recensons parmi les plus importants ouvrages ou articles en la matière : O. DE SCHUTTER et J. RINGELHEIM, « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition de soi et le règne de l'échange », *La responsabilité, face cachée des droits de l'Homme*, sous la direction de H. Dumont, F. Ost et S. van Drooghenbroeck, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 441 à 481. ; P. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'Homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2001. ; N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten*, Anvers, Intersentia, 2009. ; *Adde en France* : J. ARROYO, *La renonciation aux droits fondamentaux. Etude de droit français*, Paris, A. Pedone, 2016. L'auteur précise également l'absence de définition de ce concept de renonciation au regard des droits fondamentaux. Cf. p. 25, n° 13.

³ P. FRUMER, *op. cit.*, pp. 249, n° 345 et 517, n° 710 *ab initio*.

⁴ Voy. notamment : R. ERGEC et J. VELU, *Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 421, n° 391.

⁵ Voy. notamment P. BAZIER, *op. cit.*, p. 151, n° 17. ; M. DAL, « Le recours contre les sentences arbitrales en droit belge », *L'arbitre et le juge étatique : études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia*, sous la direction de A. Saletti, J. van Compernelle et J.-F. van Drooghenbroeck, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 361.

public, dès lors que la Cour européenne des droits de l'Homme (ci-après, « la Cour ») a admis le principe même de la renonciation aux garanties procédurales consacrées à l'article 6, § 1^{er} de la Convention – a tout le moins certaines de ces garanties⁶. Aussi admet-on, par exemple, qu'une partie renonce à la garantie de publicité des audiences lorsqu'elle demande le huis clos⁷ ou que les parties qui concluent une convention d'arbitrage soustraient leur litige aux juridictions étatiques et renoncent, par là, au droit d'accès au juge, mais également à certaines des garanties consacrées à l'article 6, § 1^{er} de la CESDH⁸.

Le premier obstacle ayant été franchi, la course est loin d'être finie. Il conviendra ensuite de déterminer les circonstances dans lesquelles pareille renonciation est envisageable. Un justiciable peut-il renoncer aux garanties procédurales quand bon lui semble ? Ce point de discussion, de nature temporelle, amènera le débat autour du moment de la renonciation aux garanties du procès équitable, lequel permettra de définir l'instant à partir duquel une renonciation est envisageable, mais également d'en préciser le caractère éclairé ou non et d'y apporter un volet qui s'ouvre sur les circonstances personnelles. Ces quelques lignes laissent déjà entrevoir le deuxième élément pertinent pour la présente analyse, lequel nous amènera à débattre sur la question ci-après : Est-il possible de renoncer *par avance* auxdites garanties ?

Somme toute, l'intérêt de l'étude de la renonciation auxdites garanties se justifie par sa situation entre d'une part, la protection octroyée par la Convention, en particulier en son article 6, et d'autre part, la volonté individuelle⁹.

*

⁶ Voy. notamment : P. FRUMER, *op. cit.*, p. 506, n° 691.

⁷ P. GILLIAUX, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 81.

⁸ P. GILLIAUX, *op. cit.*, p. 926.

⁹ Voy. au sujet de ce paradoxe : P. FRUMER, *op. cit.*, p. 1, n° 1 *ab initio*. ; En France : J. ARROYO, *op. cit.*, p. 63, n° 82.

CHAPITRE I^{ER} – LA DELIMITATION DU CHAMP D’ETUDE AUX GARANTIES DU PROCES EQUITABLE

La renonciation aux garanties du procès équitable appelle plusieurs remarques préliminaires afin d’en délimiter le champ d’étude. Aussi convient-il, dans ce premier chapitre, de revenir succinctement sur le droit à un procès équitable, consacré à l’article 6 de la Convention (section 1). Nous délimiterons ensuite l’étude de la renonciation aux garanties procédurales consacrées dans cette disposition, lesquelles sont à distinguer, au sein de la Convention, des droits substantiels (section 2).

Section 1 – Le procès équitable : Un « modèle universel »¹⁰

Le droit au procès équitable, dont le contenu, soulignons-le, ne fait l’objet d’aucune définition¹¹, ne trouve assise ni dans le Code judiciaire ni dans la Constitution¹². Il prend source dans un ensemble d’instruments supranationaux, parmi lesquels la Convention¹³. L’article 6 de cette-dernière constitue la pierre angulaire du droit à un procès équitable¹⁴, dicté par un ensemble de garanties qui transcendent les « particularismes nationaux »¹⁵. Cette disposition reprend en son sein les divers principes directeurs du procès équitable¹⁶ et garantit à la fois le droit d’accès au juge, le droit à une bonne administration de la justice ainsi que le droit à l’exécution des décisions judiciaires¹⁷.

¹⁰ S. GUINCHARD, *Droit processuel – Droits fondamentaux du procès*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2015, pp. 51, n° 9 et 493, n° 223.

¹¹ G. CLOSSET-MARCHAL, « Les garanties du procès équitable en droit judiciaire privé », *J.T.*, 2011/33, n° 6451, p. 682, n° 4 *ab initio*. ; A. KOHL, « Implications de l’article 6, alinéa 1^{er}, de la Convention européenne de droits de l’homme, en procédure civile », *J.T.*, 1987, p. 641, n° 11 *ab initio*.

¹² G. CLOSSET-MARCHAL, « Les garanties du procès équitable en droit judiciaire privé », *op. cit.*, p. 682, n° 3 *ab initio*.

¹³ G. CLOSSET-MARCHAL, « Les garanties du procès équitable en droit judiciaire privé », *ibidem*, p. 681, n° 1 *ab initio*. ; S. GUINCHARD, *op. cit.*, pp. 94 et 95, n° 42.

¹⁴ S. GUINCHARD, *ibidem*, p. 95, n° 42. ; En ce sens : M. DE SALVIA et J.-C. SOYER, « Article 6 », *La Convention européenne des droits de l’Homme. Commentaire article par article*, sous la direction de L.-E. Pettiti et al., Paris, Economica, 1999, p. 240.

¹⁵ S. GUINCHARD, *op. cit.*, pp. 33, n° 7 et 51, n° 9.

¹⁶ J. VAN COMPERNOLLE, « L’incidence de la Convention européenne des droits de l’Homme sur l’administration de la justice : Le droit à un procès équitable », *La mise en œuvre interne de la Convention européenne des droits de l’Homme*, sous la direction de J. Velu, Bruxelles, Editions du Jeune Barreau, 1994, p. 63, n° 1.

¹⁷ G. CLOSSET-MARCHAL, « Les garanties du procès équitable en droit judiciaire privé », *op. cit.*, p. 682, n° 6 *in fine*.

Tel qu'a pu le rappeler la Cour à moult reprises, la Convention protège des droits non pas « (...) théoriques ou illusoires, mais concrets et *effectifs* »¹⁸. En ce sens, le droit au procès équitable est lui-même un « principe effectif »¹⁹. L'effet direct des dispositions de la Convention²⁰, en ce compris son article 6, dans l'ordre juridique interne a notamment pour conséquence que les garanties qui y sont consacrées s'appliquent à tout procès engagé devant le juge national²¹. Il revient de surcroît à ce dernier d'assurer telle effectivité, en permettant notamment au justiciable de revendiquer, devant les juridictions nationales, la *protection* des dispositions de la Convention, y compris le droit à un procès équitable²². Toutefois, dans le présent travail, nous proposons basculer dans l'hypothèse où le justiciable, plutôt que de revendiquer ladite protection, exprime le souhait de s'en affranchir, en renonçant aux garanties procédurales fondamentales.

Section 2 – La distinction initiale entre « droits fondateurs de liberté »²³ et « droits de sauvegarde »²⁴

Il ressort expressément du libellé de la Convention qu'elle assure la « *sauvegarde* des droits de l'homme et des libertés fondamentales »²⁵. L'emphasis sur cette notion de sauvegarde revêt toute son importance étant donné que la Convention ne se contente point de consacrer uniquement les droits fondamentaux au respect duquel les justiciables peuvent prétendre, mais elle les agrmente d'un ensemble de garanties procédurales, lesquelles ont pour vocation de protéger ces droits substantiels²⁶. La

¹⁸ Voy. notamment : Cour eur. D.H., arrêt *Golder c. Royaume-Uni* du 21 février 1975, www.echr.coe.int, § 35 *in fine* ; Cour eur. D.H., arrêt *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, www.echr.coe.int, § 24. C'est nous qui soulignons.

¹⁹ B. FAVREAU, « Aux sources du procès équitable. Une certaine idée de la qualité de la justice », *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 11.

²⁰ G. CLOSSET-MARCHAL, « Les garanties du procès équitable en droit judiciaire privé », *op. cit.*, p. 681, n° 2. ; R. ERGEC et J. VELU, *op. cit.*, p. 420 *in fine*, n° 391. ; W.-J. GANSCHOF VAN DER MEERSCH, « La Convention européenne des droits de l'Homme a-t-elle, dans le cadre du droit interne, une valeur d'ordre public ? », *Les droits de l'homme en droit interne et en droit international : Actes du 2^e colloque international sur la convention européenne des droits de l'homme (Vienne, 18-20 octobre 1965)*, Bruxelles, Presses universitaires, 1968, pp. 186 et 187, n° 2 et 190, n° 3.

²¹ S. GUINCHARD, *op. cit.*, p. 130, n° 68.

²² P. GILLIAUX, *op. cit.*, p. 4.

²³ M. DE SALVIA et J.-C. SOYER, *op. cit.*, p. 240.

²⁴ M. DE SALVIA et J.-C. SOYER, *ibidem*, p. 240.

²⁵ M. DE SALVIA et J.-C. SOYER, *ibidem*, p. 239 *in fine* ; P. GILLIAUX, *op. cit.*, p. 3.

²⁶ R. ERGEC et J. VELU, *op. cit.*, pp. 410 *in fine* et 411 *ab initio*, n° 381. ; *Adde* M. DE SALVIA et J.-C. SOYER, *op. cit.*, p. 240. ; P. FRUMER, *op. cit.*, p. 30, n° 38. ; P. GILLIAUX, *op. cit.*, pp. 3 *in fine* et 4. ; Précisions toutefois que cette distinction renferme certaines zones d'ombre : Voy. pour la

distinction qui opère entre droits substantiels et garanties procédurales attire tout particulièrement notre attention. En effet, quoique la renonciation couvre un champ d'application particulièrement vaste²⁷, « (...) c'est dans le domaine des garanties procédurales que la thématique de la renonciation trouve son terrain de prédilection »²⁸.

Ces garanties procédurales, contenues notamment au sein du premier paragraphe de l'article 6 de la Convention, recouvrent aussi bien les « contestations sur des droits et obligations de caractère civil » que le « bien-fondé de toute accusation en matière pénale »²⁹. L'étude entreprise dans le présent travail se limitera toutefois au volet civil de la disposition, ce qui nous amène à préciser que nous ne nous aventurerons guère dans les deuxième et troisième paragraphes, lesquels énoncent quantité de garanties propres à l'inculpé, au prévenu ou à l'accusé³⁰.

Certes, « la garantie d'un procès équitable recouvre plusieurs droits distincts »³¹, mais il convient de souligner qu'il demeure impossible de les balayer dans leur ensemble pour l'étude de la renonciation. Ainsi, plutôt que de revenir succinctement sur chacune desdites garanties aux fins de déterminer s'il est possible d'y renoncer, nous proposons de sélectionner certaines garanties pertinentes au présent cas, soit celles qui illustrent au mieux l'étude de la renonciation, détaillée dans le chapitre suivant.

« procéduralisation » des droits substantiels : J. MORANGE et K. PANAGOULIAS, *La procéduralisation des droits substantiels garantis par la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2012. ; Voy. au regard du volet substantiel de certaines garanties procédurales : P. FRUMER, *op. cit.*, pp. 45, n° 61 à 51, n° 70.

²⁷ F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité, face cachée des droits de l'Homme (1) », *La responsabilité, face cachée des droits de l'Homme*, sous la direction de H. Dumont, F. Ost et S. van Drooghenbroeck, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 39.

²⁸ P. FRUMER, *op. cit.*, pp. 28, n° 37 et 249, n° 345.

²⁹ Art. 6, § 1er de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. ; P. FRUMER, *op. cit.*, p. 31, n° 40.

³⁰ R. ERGEC et J. VELU, *op. cit.*, p. 412 *ab initio*, n° 382.

³¹ P. GILLIAUX, *op. cit.*, p. 81.

CHAPITRE II – L'ETUDE DE LA RENONCIATION AUX GARANTIES DU PROCES EQUITABLE

« (...) Tout individu se trouvant sous la 'juridiction' d'un État partie doit bénéficier de la *protection* des droits et libertés énumérés par la Convention »³². Pareille protection, en particulier dans un domaine aussi remarquable que celui des droits fondamentaux, semble au premier abord se heurter à la faculté de renonciation auxdits droits³³. Très vite, l'éventualité de la renonciation amène une réflexion sur la nécessité de l'encadrer afin d'éviter que l'individu s'affranchisse de pareille protection à n'importe quel moment et sans être pleinement informé des conséquences de son acte³⁴.

A cet effet, les conditions qui entourent la validité de la renonciation en droit privé – soit celles qui doivent être remplies pour la validité de tout acte juridique, consacrées à l'article 1108 du Code civil³⁵ – peuvent éventuellement servir de source d'inspiration afin de déterminer la validité de la renonciation aux garanties du procès équitable³⁶. Armons-nous de patience : nous aurons l'occasion d'y revenir.

En guise d'introduction à ce deuxième chapitre, nous proposons le plan ci-après : dans un premier temps, il semble opportun de définir la notion de renonciation et d'en déduire sa caractéristique intrinsèque dans le champ des garanties procédurales fondamentales (section 1). Il conviendra ensuite d'écarter un premier obstacle de notre course, fondé sur la nature d'ordre public de l'article 6 de la Convention (section 2). Enfin, nous terminerons notre course au centre de l'étude de la renonciation aux garanties du procès équitable, laquelle s'entoure, pour sa validité, de circonstances temporelles (section 3) et personnelles (section 4).

³² P. GILLIAUX, *op. cit.*, p. 72. C'est nous qui soulignons. ; En ce sens : O. DE SCHUTTER et J. RINGELHEIM, *op. cit.*, p. 453.

³³ En ce sens : P. FRUMER, *op. cit.*, p. 1, n° 1 *ab initio* : « Renoncer aux droits et libertés de l'Homme (...), alors que ceux-ci sont conférés à leurs titulaires dans un souci de *protection* : l'idée paraît *a priori* paradoxale, voire iconoclaste ». C'est nous qui soulignons.

³⁴ En ce sens : O. DE SCHUTTER et J. RINGELHEIM, *op. cit.*, p. 453. Les auteurs relèvent l'obligation pour l'Etat de « (...) créer les conditions garantissant la validité d'une renonciation (...) ».

³⁵ P. BAZIER, *op. cit.*, p. 144, n° 10.

³⁶ Comp. avec la démarche suivie en matière de renonciation aux droits de la personnalité par : G. GATHEM et A. STROWEL, « La renonciation limitée aux droits de la personnalité : l'indice d'obligations ? », *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, sous la direction de H. Dumont, F. Ost et S. van Drooghenbroeck, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 507.

Section 1 – La notion de renonciation

Ayant désormais circonscrit le champ d'étude à la renonciation aux garanties du procès équitable (voy. *supra*, chapitre I^{er}), il semble à présent opportun d'éclairer la notion-même de renonciation, afin d'en déterminer sa caractéristique intrinsèque (§ 1^{er}). Nous concluons cette première section en exposant les conditions de validité de l'acte de renonciation (§ 2).

§ 1^{er} – Eléments de définition

Dans un premier temps, nous proposons de transposer, dans le champ du droit à un procès équitable, la définition de la renonciation à un droit, telle qu'elle est élaborée en droit privé.

A. La renonciation à un droit ...

La doctrine définit traditionnellement la renonciation en droit privé comme tout « (...) acte juridique, procédant d'une manifestation *unilatérale* de volonté, par lequel une personne *abandonne* un droit qui lui appartient »³⁷. Si ces deux caractéristiques de la renonciation – soit son caractère unilatéral et abdicatif – venaient à faire défaut, un acte ne saurait, au premier abord, prétendre à la qualification de renonciation³⁸.

La première de ces caractéristiques est à l'origine de moult controverses en droit privé³⁹. La doctrine majoritaire penche en règle pour le caractère unilatéral de la renonciation⁴⁰, de sorte que l'exercice de cette faculté « produit (...) ses effets par la seule émission de la volonté de son auteur »⁴¹. Par conséquent, l'abandon d'un droit

³⁷ P. VAN OMMEFLAGHE, « Rechtsverwerking en afstand van recht », *op. cit.*, pp. 736 *in fine* et 737 *ab initio*, n° 3. C'est nous qui soulignons. ; Cons. notamment pour d'autres définitions de la renonciation : P. BAZIER, *op. cit.*, p. 137 *in fine*, n° 4. ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis – Deel 2*, *op. cit.*, p. 907, n° 698. ; S. JANSEN, *op. cit.*, p. 337, n° 10 *ab initio*. ; A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, p. 33, n° 28 *ab initio*.

³⁸ En ce sens : P. BAZIER, *op. cit.*, p. 138, n° 4. ; F. RIGAUX, *op. cit.*, p. 389, n° 4.

³⁹ P. FRUMER, *op. cit.*, p. 13, n° 21 *ab initio*. L'auteur confirme l'existence d'une telle controverse.

⁴⁰ En ce sens : S. JANSEN, *op. cit.*, pp. 335 et 336, n° 8 ; A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, p. 34, n° 29. ; P. VAN OMMEFLAGHE, « Rechtsverwerking en afstand van recht », *op. cit.*, p. 738, n° 4 *ab initio*.

⁴¹ P. BAZIER, *op. cit.*, p. 139, n° 7 *ab initio*. ; P. WERY, *Droit des obligations. Les sources des obligations extracontractuelles. Le régime général des obligations*, vol. 2, Précis de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 23, n° 5.

par la voie conventionnelle ne pourrait être qualifié de renonciation⁴², écartant d'un revers de main la position adoptée par d'autres, qui perçoivent la renonciation à un droit plutôt comme un acte qui pourrait tantôt revêtir un caractère unilatéral, tantôt bilatéral⁴³. Quoique la Cour de cassation belge ait tranché la controverse en faveur du caractère unilatéral de la renonciation en droit privé⁴⁴, cette jurisprudence n'est toutefois guère transposable dans le champ de la renonciation aux garanties du procès équitable. Si l'abandon de certaines garanties présente certes un caractère purement unilatéral – c'est le cas, par exemple, de l'acquiescement⁴⁵ – le refus de la possibilité d'abdiquer un droit par voie de convention reviendrait alors à s'opposer à la conclusion de conventions d'arbitrage, lesquelles impliquent pourtant, et nous aurons l'occasion d'y revenir, une renonciation partielle aux garanties du procès équitable⁴⁶.

Aussi convient-il d'aménager quelque peu la définition de la renonciation, laquelle désigne de préférence « (...) tout procédé juridique traduisant la *volonté* expresse ou tacite d'un individu de se dépouiller d'une prérogative, de l'abandonner ou de *l'abdiquer*, alors qu'il pourrait encore la faire valoir »⁴⁷. Par conséquent, la renonciation aux garanties procédurales fondamentales implique par essence une volonté abdicative dans le chef du renonçant⁴⁸, nonobstant le caractère unilatéral ou bilatéral de l'acte permettant d'exprimer cette volonté⁴⁹.

B. ... ou à l'exercice d'un droit ?

Il est coutume de distinguer d'un côté la renonciation à un droit, laquelle se caractérise par l'abdication du droit dans sa substance – cette dernière demeurant

⁴² En ce sens : F. RIGAUX, *op. cit.*, p. 390, n° 5. ; P. VAN OMMESELAGHE, « Rechtsverwerking en afstand van recht », *op. cit.*, p. 738 *in fine*, n° 4.

⁴³ En ce sens : P. BAZIER, *op. cit.*, p. 142, n° 9 *ab initio*. ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen – Deel 2*, *op. cit.*, p. 907, n° 698: « Afstand van recht kan (maar moet niet) in een overeenkomst, d.i. een wederkerige rechtshandeling worden geïncorporeerd ». ; S'il s'agit d'un acte bilatéral, la renonciation nécessite alors « l'échange de consentement des deux parties ». Voy. P. BAZIER, *op. cit.*, p. 142 *in fine*, n° 9.

⁴⁴ Cf. Cass., 24 décembre 2009, *R.G.D.C.*, 2011, p. 332, note S. JANSEN.

⁴⁵ G. CLOSSET-MARCHAL, *La compétence en droit judiciaire privé – Aspects de procédure*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2016, p. 367, n° 478.

⁴⁶ P. FRUMER, *op. cit.*, p. 13, n° 21 *in fine*.

⁴⁷ P. FRUMER, *ibidem*, pp. 13 *in fine* et 14 *ab initio*, n° 22. C'est nous qui soulignons.

⁴⁸ P. FRUMER, *ibidem*, p. 12, n° 20. ; G. GATHEM et A. STROWEL, *op. cit.*, p. 504.

⁴⁹ P. FRUMER, *ibidem*, p. 13, n° 22. ; En ce sens, en France : J. ARROYO, *op. cit.*, p. 204, n° 345.

hostile à l'exercice de la volonté individuelle⁵⁰ – et de l'autre, la renonciation à l'exercice de ce droit, laquelle est en principe autorisée⁵¹. Ceci expliquerait par exemple la raison pour laquelle le recours à l'arbitrage n'implique qu'une renonciation partielle à l'exercice de certaines garanties procédurales fondamentales⁵². Les critiques entourant pareille distinction, notamment en raison de la difficulté de distinguer la substance de l'exercice⁵³, justifient toutefois que nous l'écartons de nos développements, proposés ci-après.

§ 2 – Une manifestation de volonté abdicative

Cette définition révèle de ce fait la caractéristique intrinsèque de la renonciation, soit l'existence d'une volonté abdicative dans le chef du renonçant (B.). Dans un premier temps, il semble donc opportun de s'interroger sur l'origine de cette volonté abdicative (A.), et ce avant d'exposer les conditions de validité qui doivent être remplies par l'acte au travers duquel le sujet exprime cette volonté abdicative (C.).

A. Une manifestation de volonté ...

La faculté de renonciation à un droit trouve sa source dans le principe de l'autonomie de la volonté⁵⁴, lequel implique que « la libre volonté des parties peut (...) créer, modifier, transmettre ou éteindre des droits ou des obligations par la conclusion de

⁵⁰ P. FRUMER, *op. cit.*, p. 579, n° 803 *ab initio*.

⁵¹ P. FRUMER, *ibidem*, p. 578, n° 801. ; G. GATHEM et A. STROWEL, *op. cit.*, p. 506. ; *Adde* plus spécifiquement au regard de l'article 6 de la CESDH : W.-J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *op. cit.*, pp. 514 à 516, n° 239 à 240.

⁵² Illustration tirée de P. FRUMER, *op. cit.*, p. 582, n° 809.

⁵³ En ce sens : P. FRUMER, *ibidem*, pp. 582, n° 810 à 584, n° 814. L'auteur décide *in fine* de ne pas retenir ce critère de distinction dès lors qu'il ne se prête point à une généralisation.

⁵⁴ En ce sens : A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, p. 37, n° 32. ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen – Deel 2*, *op. cit.*, p. 907, n° 698. ; Notons toutefois que le principe de l'autonomie de la volonté a fait l'objet de nombreuses critiques. Retenons ici qu'il existe divers courants en doctrine. D'aucuns préconisent l'abolition de ce principe : M. COIPEL, « L'autonomie de la volonté : mythique ou en déclin ? », *J.T.*, 2007/16, liv. 6265, pp. 331 à 332. ; D'autres préconisent plutôt un aménagement de ce principe, notamment en imposant des limites à l'autonomie de la volonté, en particulier au regard de la facette de la liberté contractuelle : S. JANSSEN et S. STIJNS, « Actuele ontwikkelingen inzake de basisbeginselen van het contractenrecht », *Themis*, 2012-2013/3, liv. 75, pp. 1 à 50. ; Enfin, certains s'accrochent au principe de l'autonomie de la volonté, lequel constitue encore le principe de base en droit des contrats : P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge. 2, Les obligations*, vol. 1, coll. De Page, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 171, n° 79-1.

contrats ou d'acte unilatéraux »⁵⁵. Un justiciable doit ainsi pouvoir disposer de la faculté d'éteindre pareils droits, par exemple par renonciation⁵⁶. D'aucuns parlent encore d'« autonomie négative » permettant l'affranchissement d'une « encombrante liberté »⁵⁷.

B. ... abdicative

La caractéristique intrinsèque de la renonciation réside dans l'existence d'une volonté abdicative, laquelle manifeste, à l'instar de la signification qui lui est attribuée en droit privé⁵⁸, la volonté du renonçant d'abandonner ses droits, en l'espèce les garanties de procédure consacrées à l'article 6 de la Convention, sans la moindre volonté de les transférer⁵⁹.

Pareille volonté abdicative semble toutefois difficile à articuler avec la nécessaire protection contre les éventuelles retombées de l'exercice de cette volonté⁶⁰, particulièrement lorsque les droits en question sur lesquels porte la renonciation s'avèrent être des droits procéduraux fondamentaux. Il convient dès lors de déterminer les conditions dans lesquelles pareille renonciation peut être valide.

C. Les conditions de validité de l'acte de renonciation

En droit privé, l'acte par lequel une partie renonce à un droit doit répondre aux conditions de validité de tout acte juridique, consacrées à l'article 1108 du Code civil⁶¹. Ces conditions pourraient dès lors servir de source d'inspiration aux fins de

⁵⁵ P. VAN OMESLAGHE, *Traité de droit civil belge. 2, Les obligations*, op. cit., p. 168 *in fine*, n° 79. C'est nous qui soulignons.

⁵⁶ P. BAZIER, op. cit., p. 138, n° 5. ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen – Deel 2*, op. cit., p. 907, n° 698 : « (...) Elk rechtssubject (...) bepaalt of en in welke mate het subjectieve recht door hem zal worden uitgeoefend (...) ». C'est nous qui soulignons. ; S. JANSEN, op. cit., p. 335, n° 6. ; A. VAN OEVELEN, op. cit., p. 37, n° 32.

⁵⁷ F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK, op. cit., p. 41.

⁵⁸ Voy. notamment : P. BAZIER, op. cit., p. 138, n° 5. ; S. JANSEN, op. cit., p. 340, n° 15. ; A. VAN OEVELEN, op. cit., p. 36, n° 31 *ab initio*. ; P. VAN OMESLAGHE, « Rechtsverwerking en afstand van recht », op. cit., p. 751, n° 11 *ab initio*.

⁵⁹ P. FRUMER, op. cit., p. 12, n° 20.

⁶⁰ Ce paradoxe entre renonciation et protection a notamment été mis en lumière par P. FRUMER, *ibidem*, p. 1, n° 1 *ab initio*. ; *Adde en France* J. ARROYO, op. cit., p. 68 *in fine*, n° 97.

⁶¹ En ce sens : P. BAZIER, op. cit., pp. 144, n° 10 à 157, n° 21. ; S. JANSEN, op. cit., p. 337, n° 10. ; A. VAN OEVELEN, op. cit., p. 37, n° 33.

déterminer la validité de la renonciation aux garanties du procès équitable⁶², laquelle dépend principalement de la nécessité d'un consentement éclairé ainsi que d'un objet licite⁶³. C'est par la condition d'objet que nous proposons d'entamer l'étude de la renonciation aux garanties du procès équitable.

En effet, avant de déterminer la validité d'une renonciation en aval (voy. *infra*, sections 3 et 4), il convient en amont de rechercher si les garanties consacrées à l'article 6 de la Convention peuvent effectivement faire l'objet d'une renonciation (section 2). Nous tentons d'y répondre dans la section suivante.

Section 2 – L'ordre public : Un obstacle à la renonciation aux garanties du procès équitable ?

Le nœud du problème en matière de renonciation réside dans le fait que l'abandon d'un droit par la volonté du justiciable suppose d'abord que ce dernier puisse disposer dudit droit⁶⁴. S'il ne fait aucun doute que les garanties contenues à l'article 6, § 1^{er} de la Convention sont des droits accordés au justiciable⁶⁵, constituant l'objet de la renonciation (§ 1^{er}), encore convient-il de déterminer si la nature d'ordre public généralement reconnue aux droits fondamentaux est susceptible de constituer un obstacle à la renonciation aux garanties du procès équitable⁶⁶ (§ 2).

⁶² En ce sens : G. GATHEM et A. STROWEL, *op. cit.*, p. 507. Les auteurs soutiennent que « cette manière de penser les conditions de validité des renonciations en droit privé pourrait peut-être constituer une source d'inspiration lorsqu'il s'agit d'évaluer les renonciations aux droits de l'homme ».

⁶³ Nous suivons ici en partie le plan proposé par G. GATHEM et A. STROWEL, *op. cit.*, 507. ; Nous serons toutefois amenés à changer ces conditions dans la suite de notre travail, dès lors que la validité de la renonciation dépendra des circonstances *temporelles* et *personnelles* dont elle s'entoure.

⁶⁴ En ce sens : L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis – Deel 2*, *op. cit.*, p. 907, n° 698. Comme l'indique l'auteur, « (...) vermits niemand hem kan dwingen dit subjectieve recht (effectief) te gebruiken, kan er geen bezwaar tegen bestaan dat hij zijn recht zelf ongedaan maakt (op voorwaarde dat hij er rechtsgeldig kan over *beschikken*, wat niet het geval is m.b.t. rechten die hun grondslag in de openbare orde (...) vinden) ». C'est nous qui soulignons.

⁶⁵ P. FRUMER, *op. cit.*, pp. 111 *in fine* et 112 *ab initio*, n° 151. ; A. KOHL, *op. cit.*, p. 637, n° 2.

⁶⁶ Voy. notamment P. FRUMER, *op. cit.*, pp. 487 *ab initio* et 501, n° 684 à 509, n° 697. ; *Adde en France* J. ARROYO, *op. cit.*, pp. 103, n° 159 à 120, n° 184. ; *Contra* O. DE SCHUTTER et J. RINGELHEIM, *op. cit.*, p. 442. Plutôt que de se fonder sur la nature d'ordre public des droits fondamentaux aux fins de déterminer la validité de la renonciation, les auteurs analysent les circonstances dans lesquelles celle-ci peut intervenir.

§ 1^{er} – L'objet de la renonciation

La renonciation a toujours pour objet un droit⁶⁷. En l'espèce, son objet porte sur les garanties procédurales consacrées à l'article 6, § 1^{er} de la Convention. L'existence d'un objet n'est toutefois guère suffisante. Encore faut-il que le droit qui constitue l'objet de la renonciation puisse être abdiqué⁶⁸.

§ 2 – *Ordre public et renonciation : Une contradictio in terminis ?*

Il convient, dans un premier temps, d'analyser le caractère d'ordre public de la Convention, et de son article 6, au niveau européen, puis interne (A.). Dans le contexte interne, nous rappellerons ensuite succinctement l'opposition traditionnelle entre l'ordre public et les lois impératives, ainsi que les évolutions récentes, en droit belge, qui ont amené à nuancer quelque peu ladite opposition (B.). Ces nuances peuvent peut-être lever de nouvelles interrogations au regard de la pertinence du concept d'ordre public comme pierre d'achoppement à la renonciation aux garanties consacrées à l'article 6, § 1^{er} de la Convention (C.). Nous concluons enfin cette seconde section en apportant une réponse à notre première question, soit s'il est effectivement possible de renoncer aux garanties du procès équitable (D.).

A. La Convention et l'ordre public interne

La Cour ayant énoncé à plusieurs reprises que « sans doute la *nature* de certains droits garantis par la convention exclut-elle un abandon de la faculté de les exercer »⁶⁹, d'aucuns ont de fait formulé moult questions quant au lien entre la faculté de renonciation aux droits fondamentaux et l'ordre public⁷⁰. Aussi convient-il dans un

⁶⁷ P. BAZIER, *op. cit.*, p. 148, n° 15 *ab initio*. ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis – Deel 2, op. cit.*, p. 907, n° 698. ; S. JANSEN, *op. cit.*, p. 339, n° 13 *ab initio*. ; A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, p. 39, n° 36 *ab initio*. ; P. VAN OMESLAGHE, « Rechtsverwerking en afstand van recht », *op. cit.*, p. 739 *in fine*, n° 5 *ab initio*.

⁶⁸ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis – Deel 2, op. cit.*, p. 907, n° 698.

⁶⁹ Cour eur. D.H., arrêt *De Wilde, Ooms et Versyp* du 18 juin 1971, www.echr.coe.int, § 65. ; C'est nous qui soulignons. ; *Adde* Cour eur. D.H., arrêt *Albert et Lecompte c. Belgique* du 10 février 1983, www.echr.coe.int, § 35. ; Cour eur. D.H., arrêt *H. c. Belgique* du 30 novembre 1987, www.echr.coe.int, § 54.

⁷⁰ Voy. notamment P. FRUMER, *op. cit.*, p. 486 : « (...) Lorsqu'on met en exergue l'importance particulière d'un droit déterminé, immanquablement, la notion d'ordre public vient à l'esprit ». ; *Adde*

premier temps de confronter les droits fondamentaux avec l'ordre public⁷¹, afin de vérifier si l'article 6 de la Convention relève de l'ordre public interne⁷².

Dans une formule bien connue, la Cour a affirmé que l'article 6 « relève de l'*ordre public* des Etats membres du Conseil de l'Europe »⁷³. Quant à savoir s'il faut y accorder le même sens qu'à l'ordre public interne, la question demeure quelque peu controversée. Certains sont d'avis que la Cour se réfère uniquement à l'ordre public européen⁷⁴. Ce dernier se distinguerait toutefois de l'ordre public interne, dès lors qu'il consacre un « (...) ensemble de règles perçues comme fondamentales pour la société européenne et s'imposant à ses membres (...) »⁷⁵, parmi lesquelles l'on retrouve avant tout le respect et la défense des droits fondamentaux⁷⁶. Eu égard à cette fonction particulière, l'on devrait donc conclure, comme le soutient P. Frumer, au caractère d'ordre public européen de la Convention, y compris dès lors son article 6, et « (...) non de l'ordre public tel qu'il peut s'entendre dans l'ordre interne (...) »⁷⁷.

D'autres affirment pourtant qu'avec l'essor des droits de l'Homme⁷⁸, il existe deux versants de l'ordre public en droit interne, l'un d'eux recouvrant principalement la défense des droits fondamentaux⁷⁹. L'ordre public interne comprendrait de ce fait « l'ensemble des principes de base qui gouvernent l'ordre juridique général d'un Etat

en France J. ARROYO, *op. cit.*, p. 63, n° 82 : « La problématique de la renonciation aux droits fondamentaux se situe aux confins de la liberté et de l'ordre public ».

⁷¹ Voy. pour une confrontation de la notion d'ordre public avec les droits fondamentaux : W.-J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *op. cit.*, pp. 156 *in fine* et 157 *ab initio*.

⁷² Pour une étude détaillée du caractère d'ordre public de la CESDH dans l'ordre juridique interne, cons. la contribution de W.-J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *op. cit.*, pp. 186 à 251.

⁷³ Cour eur. D.H., arrêt *Deweert c. Belgique* du 27 février 1980, www.echr.coe.int, § 49. C'est nous qui soulignons. *Adde* Cour eur. D.H., arrêt *Loizidou c. Turquie* du 23 mars 1995, www.echr.coe.int, § 75.

⁷⁴ En ce sens : P. FRUMER, *op. cit.*, pp. 488, n° 664 à 490, n° 666. ; Cons. notamment, au regard la notion d'ordre public européen : T. CORTHAUT, *EU Ordre Public*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2012, 496 p. ; F. SUDRE, « L'ordre public européen », *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, sous la direction de M.-J. Redor, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 109 à 131.

⁷⁵ F. SUDRE, *op. cit.*, p. 111, n° 5 *ab initio*.

⁷⁶ F. SUDRE, *ibidem*, p. 111 *ab initio*, n° 3.

⁷⁷ P. FRUMER, *op. cit.*, p. 491, n° 668 *ab initio*.

⁷⁸ J.-F. ROMAIN, « L'ordre public (notion générale) et les droits de l'homme », *L'ordre public : Concept et applications*, vol. 3, sous la direction de M. Grégoire, J.-F. Romain et V. Simonart, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 13, n° 5.

⁷⁹ J.-F. ROMAIN, *ibidem*, p. 32, n° 13. ; *Contra* J. DE CONINCK, « De toetsing van een overeenkomst aan de openbare orde naar Belgisch recht », *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, sous la direction de J. Smits et S. Stijns, Anvers, Intersentia, 2005, p. 198, n° 18 et 19.

démocratique (...) »⁸⁰. Cet ordre public, qualifié de général⁸¹, comprendrait d'une part, les normes « (...) qui tendent à protéger l'intérêt général réalisé dans l'ordre public juridique, économique et social de l'Etat (...) »⁸² et d'autre part, les « (...) normes (...) qui expriment les droits et libertés de base des individus (...) auxquels *il ne peut être dérogé* (...) »⁸³. Il appert dès lors que, faire l'impasse, au sein de la catégorie générale de l'ordre public, des droits fondamentaux, reviendrait à écarter les normes qu'il faut *précisément* considérer comme fondamentales au sein d'une société⁸⁴. Nous rejoignons cette position, laquelle propose de reprendre, au sein même de l'ordre public interne, les droits fondamentaux, y compris donc le droit à un procès équitable et les garanties qui y sont consacrées.

Aussi est-il généralement admis que les dispositions de la Convention, y compris son article 6, ont valeur d'ordre public dans l'ordre juridique interne⁸⁵. Ceci s'explique notamment par le caractère fondamental des droits qui y sont consacrés, lequel confère à ceux-ci valeur d'ordre public⁸⁶. L'ordre public s'oppose traditionnellement, en droit belge, aux lois impératives⁸⁷, opposition dont nous proposons ci-dessous d'exposer les grandes lignes.

⁸⁰ J.-F. ROMAIN, *op. cit.*, p. 59, n° 25.

⁸¹ J.-F. ROMAIN, *ibidem*, p. 32, n° 13.

⁸² J.-F. ROMAIN, *ibidem*, p. 59 *in fine* et 60 *ab initio*, n° 25.

⁸³ J.-F. ROMAIN, *ibidem*, p. 32, n° 13. *Adde* p. 33, n° 14 *ab initio*.

⁸⁴ Voy. à ce sujet le commentaire de A. VAN REGENMORTEL, « Openbare orde en dwingend recht : een confrontatie tussen de Europese en de Belgische invulling », *Toepasselijk arbeidsrecht over de grenzen heen – België, Nederland, Europa, de wereld*, sous la direction de M. Houwerzijl et H. Verschueren, Kluwer, 2009, p. 96. ; *Adde* J.-F. ROMAIN, *op. cit.*, p. 33 *ab initio*, n° 13. A propos de cet « ordre public fondamental », l'auteur est d'avis qu'il constitue « (...) le cœur de l'ordre public ».

⁸⁵ Voy. pour exemple : Cass, 29 janvier 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 585. ; *Adde* Bruxelles, 6 décembre 2000, *J.T.*, 2001, p. 572, note B. Hanotiau : Sont d'ordre public, « les articles (...) de conventions internationales ratifiées par la Belgique et relatives aux droits de l'homme (...) ». ; Voy. M. DAL, « Le recours contre les sentences arbitrales en droit belge », *op. cit.*, p. 361. ; Plus spécifiquement au regard de l'article 6 : R. ERGEC et J. VELU, *op. cit.*, 2014, p. 421, n° 391. ; En ce sens : W.-J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *op. cit.*, pp. 240 à 251. ; S. GOLDMAN et J.-F. TOSSENS, « Recours en annulation : commentaire des arrêts de la Cour de cassation du 7 novembre 2013 et de la Cour d'appel de Bruxelles du 6 décembre 2011 », *b-Arbitra*, 2014/1, p. 231, n° 22 *ab initio*.

⁸⁶ W.-J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *op. cit.*, p. 240, n° 16 *ab initio*.

⁸⁷ F. PEERAER, « De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht *sensu stricto* in het Belgische verbintenissenrecht », *T.P.R.*, liv. 4, 2013, p. 2722, n° 21.

B. L'opposition entre l'ordre public et les lois impératives au sens du droit belge

Il appert que l'opposition traditionnelle entre l'ordre public et les lois impératives (i.) se prête dans la suite à certaines nuances (ii.).

i. *L'opposition traditionnelle entre l'ordre public et les lois impératives*

L'opposition, aujourd'hui bien ancrée en droit belge⁸⁸, entre les « lois d'ordre public » et les « lois simplement impératives »⁸⁹ est le fruit d'une évolution dont il convient de rappeler succinctement les axes principaux⁹⁰. Après avoir exposés quelques éléments définitionnels (a.), nous passerons ensuite en revue les corollaires de pareille opposition, d'une part au regard de l'intérêt protégé (b.) et d'autre part, au regard des conséquences qui en découlent (c.).

a. Eléments de définition

Quoique les articles 6, 1131 et 1133 du Code civil circonscrivent la liberté contractuelle au moyen de l'ordre public⁹¹, cette notion ne s'y trouve pourtant aucunement définie⁹². Somme toute, ce sera la Cour de cassation qui alla circonscrire l'ordre public en ces termes : « (...) n'est *d'ordre public proprement dit* que la loi qui touche aux intérêts essentiels de l'Etat ou de la collectivité ou qui fixe, dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la

⁸⁸ A. MEEUS, « La notion de loi impérative et son incidence sur la procédure en cassation et sur l'office du juge », note sous Cass. (3^e ch.), 17 mars 1986, *R.C.J.B.*, pp. 500, n° 3 et 510, n° 13 *ab initio*. ; Cons. notamment, au regard de cette opposition : L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis – Deel I*, Anvers, Intersentia, 2000, pp. 130, n° 107 à 137, n° 112. ; J. DE CONINCK, *op. cit.*, pp. 187 à 229. ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 1962, pp. 109 à 121. ; P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge. 2, Les obligations*, *op. cit.*, pp. 358, n° 215 *in fine* et 361 *ab initio*, n° 219. *Adde* par ailleurs pour des illustrations non-limitatives de cette opposition : pp. 390, n° 234 à 393, n° 236. ; P. WERY, « L'essor du droit impératif et ses rapports avec l'ordre public en matière contractuelle », *R.G.D.C.*, 2011, p. 146, n° 2 *ab initio*.

⁸⁹ Pour reprendre les termes de A. MEEUS, *op. cit.*, p. 500, n° 3 *ab initio*.

⁹⁰ Pour une synthèse de cette évolution, cons. notamment l'extrait de A. MEEUS, *op. cit.*, pp. 500, n° 3 à 516, n° 19. ; P. WERY, « L'essor du droit impératif et ses rapports avec l'ordre public en matière contractuelle », *op. cit.*, p. 146, n° 3.

⁹¹ F. PEERAER, « De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht *sensu stricto* in het Belgische verbintenissenrecht », *op. cit.*, p. 2714, n° 11 *ab initio*.

⁹² J. DE CONINCK, *op. cit.*, p. 188, n° 2. ; A. VAN REGENMORTEL, *op. cit.*, p. 93.

société »⁹³. Cette définition, reprise de la plume d'Henri De Page⁹⁴, reste celle consacrée en jurisprudence à ce jour⁹⁵. L'on oppose à cet ordre public « (...) un autre qui ne serait *pas* 'proprement dit' (...) »⁹⁶ et qui correspond aujourd'hui à la catégorie des lois impératives⁹⁷. Ces dernières, qui ont essentiellement pour objectif de protéger les parties faibles au contrat⁹⁸, sont définies comme les « lois auxquelles il est interdit de déroger, mais qui ne sont *pas d'ordre public*, parce qu'elles ne protègent que des *intérêts privés*, qui n'entraînent pour cette raison que la *nullité relative* des conventions contraires et qui, dès lors, *n'excluent pas une renonciation* (...) »⁹⁹.

Il est important de noter qu'en affirmant que les lois impératives « (...) n'entraînent pour cette raison que (...) »¹⁰⁰, cette définition introduit un lien entre d'une part, les concepts, déterminés par l'intérêt protégé – c'est parce qu'une règle protège des intérêts purement privés qu'elle n'est pas d'ordre public¹⁰¹ – et d'autre part, les conséquences qui en découlent¹⁰² (ci-après, « le lien concepts/conséquences »). C'est précisément ce lien qui, comme nous le verrons, est remis en cause en doctrine aujourd'hui (voy. *infra*, ii.).

⁹³ Cass., 9 décembre 1948, *Pas.*, 1948, I, p. 699. C'est nous qui soulignons. ; Confirmé notamment par Cass., 14 janvier 1954, *Pas.* 1954, I, p. 502. ; Cons. pour un commentaire de ces arrêts : P. DE HARVEN, « Contribution à l'étude de la notion d'ordre public », note sous Cass. (1^e ch.), 14 janvier 1954, *R.C.J.B.*, 1954, pp. 259 à 266.

⁹⁴ A. MEEUS, *op. cit.*, p. 510, n° 15 *ab initio*. ; P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge. 2, Les obligations, op. cit.*, p. 358 *in fine*, n° 216 *ab initio*. ; D'aucuns refusent pourtant d'y voir une définition : L. CORNELIS, « Mal aimé, mal armé : l'ordre public en droit privé », *R.C.J.B.*, 2017/2, pp. 214 *in fine*, n° 40 à 220, n° 49. ; En ce sens, F. PEERAER, « De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht *sensu stricto* in het Belgische verbintenissenrecht », *op. cit.*, p. 2714, n° 12. Plutôt que de parler de définition, l'auteur parle de « begripsomschrijving ».

⁹⁵ A. MEEUS, *op. cit.*, p. 510, n° 15. ; F. PEERAER, « De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht *sensu stricto* in het Belgische verbintenissenrecht », *op. cit.*, p. 2715, n° 13 *ab initio*, ainsi que les nombreuses références à la jurisprudence constante de la Cour de cassation.

⁹⁶ P. DE HARVEN, *op. cit.*, p. 262, n° 4 *in fine*. ; P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge. 2, Les obligations, op. cit.*, p. 360, n° 219. ; J. VAN ZUYLEN, « L'ordre public et le droit impératif dans les contrats spéciaux », *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, sous la direction de P. Wéry, Limal, Anthémis, 2011, p. 93, n° 4.

⁹⁷ J. VAN ZUYLEN, *ibidem*, p. 93 *in fine*, n° 4.

⁹⁸ W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, 4^e éd., Leuven, Acco, 2015, p. 78. ; A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, p. 53, n° 49.

⁹⁹ A. MEEUS, *op. cit.*, p. 510, n° 13 et p. 514, n° 19. C'est nous qui soulignons. ; Voy. Cass., 6 décembre 1956, *R.C.J.B.*, 1960, p. 156, note G. Baeteman. ; Pour le premier arrêt consacrant la notion de « lois impératives », voy. Cass., 2 mai 1946, *Pas.*, 1946, I, p. 168.

¹⁰⁰ A. MEEUS, *op. cit.*, p. 510, n° 13 et p. 514, n° 19.

¹⁰¹ F. PEERAER, « De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht *sensu stricto* in het Belgische verbintenissenrecht », *op. cit.*, p. 2749, n° 44.

¹⁰² Nous proposons de suivre ici la structure de F. PEERAER, « De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht *sensu stricto* in het Belgische verbintenissenrecht », *op. cit.*, pp. 2711 à 2743. L'auteur distingue dans sa contribution « het conceptuele onderscheid » et les « gevolgen » qui s'y attachent.

b. L'opposition au regard de l'intérêt protégé

Cette opposition entre l'ordre public et les lois impératives repose principalement sur l'intérêt protégé¹⁰³ ; l'ordre public sauvegardant l'intérêt général, tandis que les lois impératives défendent les intérêts privés¹⁰⁴.

c. L'opposition au regard des conséquences

Il convient d'ajouter que l'intérêt protégé a servi de première assise pour le développement de la théorie des nullités, laquelle s'applique dans l'hypothèse de la violation de ces règles¹⁰⁵. Ainsi, suivant la *conception classique*¹⁰⁶, la violation d'une règle d'ordre public est sanctionnée par la nullité absolue, tandis que la violation des lois impératives n'entraîne qu'une nullité relative¹⁰⁷. En outre, si toute personne intéressée peut invoquer la nullité absolue¹⁰⁸, laquelle ne peut faire l'objet d'aucune confirmation¹⁰⁹, la nullité relative ne peut être invoquée, en principe *in limine litis*¹¹⁰,

¹⁰³ F. PEERAER, « De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht *sensu stricto* in het Belgische verbintenissenrecht », *op. cit.*, p. 2711 *ab initio*, n° 6. *Adde* pp. 2722 *in fine* et 2723 *ab initio*, n° 21. ; A. VAN REGENMORTEL, *op. cit.*, p. 98 *ab initio*.

¹⁰⁴ F. PEERAER, « De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht *sensu stricto* in het Belgische verbintenissenrecht », *op. cit.*, p. 2711, n° 6. ; A. VAN REGENMORTEL, *op. cit.*, p. 98. ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge. 2, Les obligations*, *op. cit.*, p. 361, n° 219. ; J. VAN ZUYLEN, *op. cit.*, p. 94, n° 4 *in fine*. ; P. WERY, « L'essor du droit impératif et ses rapports avec l'ordre public en matière contractuelle », *op. cit.*, p. 145, n° 1.

¹⁰⁵ W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, p. 79. ; J. VAN ZUYLEN, *op. cit.*, p. 94, n° 5 *ab initio*. ; Cons. pour une synthèse du régime des nullités : F. PEERAER, « De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht *sensu stricto* in het Belgische verbintenissenrecht », *op. cit.*, pp. 2744 et 2745, n° 40. ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge. 2, Les obligations*, *op. cit.*, pp. 361 à 364, n° 220. *Adde* pp. 371, n° 226 et 389, n° 233.

¹⁰⁶ F. PEERAER, « De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht *sensu stricto* in het Belgische verbintenissenrecht », *op. cit.*, p. 2727, n° 25 : « *Traditioneel koppelt men aan het onderscheid tussen regels van openbare orde en regels van (louter) dwingend recht een aantal rechtsgevolgen* ». C'est nous qui soulignons.

¹⁰⁷ F. PEERAER, « De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht *sensu stricto* in het Belgische verbintenissenrecht », *op. cit.*, p. 2727, n° 25. ; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, p. 146. ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge. 2, Les obligations*, *op. cit.*, p. 361, n° 220. ; P. WERY, « L'essor du droit impératif et ses rapports avec l'ordre public en matière contractuelle », *op. cit.*, p. 145, n° 1.

¹⁰⁸ F. PEERAER, « De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht *sensu stricto* in het Belgische verbintenissenrecht », *op. cit.*, pp. 2754 et 2755, n° 50. ; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, p. 145. ; J. VAN ZUYLEN, *op. cit.*, p. 94, n° 5. ; P. WERY, « L'essor du droit impératif et ses rapports avec l'ordre public en matière contractuelle », *op. cit.*, p. 148, n° 10. Ceci implique que la nullité absolue peut être invoquée tant par les parties que par des tiers qui justifient d'un intérêt à agir.

¹⁰⁹ P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge. 2, Les obligations*, *op. cit.*, p. 361, n° 220. ; J. VAN ZUYLEN, *op. cit.*, p. 95, n° 5. ; P. WERY, « L'essor du droit impératif et ses rapports avec l'ordre public en matière contractuelle », *op. cit.*, p. 149, n° 11 *in fine*. ; Cons. toutefois pour une position plus nuancée : F. PEERAER, « De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht *sensu stricto* in het Belgische verbintenissenrecht », *op. cit.*, pp. 2787 et 2788, n° 72.

que par la partie bénéficiaire de la protection de cette règle¹¹¹, laquelle peut par ailleurs confirmer la nullité relative¹¹².

L'ordre public est également « facteur d'action »¹¹³, dès lors que le juge soulève d'office le moyen pris de la violation d'une règle intéressant l'ordre public¹¹⁴, même pour la première fois devant la Cour de cassation¹¹⁵. *A contrario*, le moyen tiré de la violation d'une disposition impérative n'est en principe pas recevable pour la première fois devant la Cour de cassation, dès lors que le juge du fond n'a guère pour tâche de soulever d'office la nullité relative¹¹⁶.

Peut-être est-ce ici l'occasion de préciser que tant l'ordre public que les lois impératives se conçoivent comme des correctifs à l'autonomie de la volonté, quoique à des degrés divers¹¹⁷. Ces concepts ont en commun que les parties ne peuvent en aucun cas y déroger¹¹⁸. En revanche, les lois impératives peuvent faire l'objet d'une renonciation¹¹⁹. Pareille renonciation ne s'envisage toutefois qu'à partir du moment

¹¹⁰ F. PEERAER, « De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht *sensu stricto* in het Belgische verbintenissenrecht », *op. cit.*, p. 2744, n° 40. *Contra* toutefois pp. 2751 et 2752, n° 46. ; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, p. 146. ; J. VAN ZUYLEN, *op. cit.*, p. 96 *in fine*, n° 6. ; *Contra* L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen – Deel 2*, *op. cit.*, p. 693, n° 552.

¹¹¹ F. PEERAER, « De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht *sensu stricto* in het Belgische verbintenissenrecht », *op. cit.*, pp. 2733 *in fine* et 2734 *ab initio*, n° 32. *Adde* toutefois pour nuance : pp. 2755 et 2756, n° 51. ; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, p. 146. ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge. 2, Les obligations*, *op. cit.*, p. 361, n° 220 *in fine*. ; J. VAN ZUYLEN, *op. cit.*, p. 96, n° 6. ; P. WERY, « L'essor du droit impératif et ses rapports avec l'ordre public en matière contractuelle », *op. cit.*, p. 148, n° 10.

¹¹² P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge. 2, Les obligations*, *op. cit.*, p. 361 *in fine*, n° 220. ; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, p. 146. ; J. VAN ZUYLEN, *op. cit.*, p. 97, n° 6. ; P. WERY, « L'essor du droit impératif et ses rapports avec l'ordre public en matière contractuelle », *op. cit.*, p. 148 *in fine*, n° 11.

¹¹³ W.-J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *op. cit.*, p. 160.

¹¹⁴ P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge. 2, Les obligations*, *op. cit.*, p. 362 *ab initio*, n° 220. ; J. VAN ZUYLEN, *op. cit.*, p. 95, n° 5. ; Voy. en particulier au regard de l'article 6 de la CESDH : P. GILLIAUX, *op. cit.*, p. 30.

¹¹⁵ W.-J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *op. cit.*, p. 162. ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge. 2, Les obligations*, *op. cit.*, p. 362, n° 220. ; J. VAN ZUYLEN, *op. cit.*, p. 95, n° 5. ; Voy. en particulier au regard de l'article 6 de la CESDH : P. GILLIAUX, *op. cit.*, p. 30.

¹¹⁶ En ce sens : P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge. 2, Les obligations*, *op. cit.*, p. 363, n° 220. ; *Contra* par exemple : Cass., 13 mars 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 710.

¹¹⁷ F. PEERAER, « De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht *sensu stricto* in het Belgische verbintenissenrecht », *op. cit.*, pp. 2708, n° 2 et 2710, n° 5. ; A. VAN REGENMORTEL, *op. cit.*, p. 93.

¹¹⁸ Voy. P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge. 2, Les obligations*, *op. cit.*, p. 364, n° 221. Précisons ici un élément important : Nous envisagerons dans la suite de ce travail la renonciation *sensu lato*, laquelle englobe non seulement la dérogation (en droit des obligations, au moment de la « conclusion d'un acte juridique ») mais aussi la renonciation *sensu stricto*.

¹¹⁹ J. VAN ZUYLEN, *op. cit.*, p. 118, n° 16. ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge. 2, Les obligations*, *op. cit.*, p. 364, n° 221.

où la protection accordée par le législateur ait joué en faveur de celui qui est censé en bénéficier¹²⁰ (voy. à ce sujet *infra*, ii, c.).

Il appert donc que le caractère d'ordre public d'une règle « (...) porte réellement atteinte (...) à la libre disposition des droits subjectifs par leur titulaire »¹²¹, dès lors qu'il est, en règle, prohibé de renoncer à une règle intéressant l'ordre public¹²². Ceci trouve son fondement dans l'idée qu'une règle d'ordre public concerne, au-delà des intérêts purement privés du justiciable, l'intérêt général¹²³. À transposer tel constat dans le champ des droits fondamentaux, le caractère d'ordre public interne de l'article 6 de la CESDH s'érigerait par conséquent en obstacle à la renonciation aux garanties qui y sont consacrées.

Soutenir la thèse de l'ordre public sans y apporter quelque nuance reviendrait toutefois à nier la jurisprudence de la Cour, laquelle a elle-même admis la renonciation à certaines garanties du procès équitable¹²⁴. Aussi convient-il désormais de déterminer si l'ordre public constitue véritablement l'« antithèse »¹²⁵ de l'exercice de la faculté de renonciation, ou si pareille position se prête aujourd'hui à certaines nuances.

¹²⁰ W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, p. 78. ; P. VAN OMMESLAGHE, « Rechtsverwerking en afstand van recht », *op. cit.*, pp. 749 *in fine* et 750 *ab initio*, n° 10. ; P. WERY, « L'essor du droit impératif et ses rapports avec l'ordre public en matière contractuelle », *op. cit.*, p. 149, n° 11. ; Cons. pour une synthèse de la renonciation aux dispositions impératives, et du moment clé à partir duquel telle renonciation est admissible : F. RIGAUX, *op. cit.*, pp. 385 à 440.

¹²¹ M. GREGOIRE, « L'ordre public dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *L'ordre public : Concept et applications*, vol. 3, sous la direction de M. Grégoire, J.-F. Romain et V. Simonart, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 77 *in fine* et 78 *ab initio*, n° 12.

¹²² Voy. notamment P. BAZIER, *op. cit.*, p. 151, n° 17. ; M. DAL, « Le recours contre les sentences arbitrales en droit belge », *op. cit.*, p. 361. ; S. JANSSEN, *op. cit.*, p. 340, n° 14. ; A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, p. 50, n° 46.

¹²³ A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, p. 50, n° 46.

¹²⁴ P. FRUMER, *op. cit.*, p. 506, n° 691. ; En ce sens : F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 44. Ils précisent ainsi que « (...) la Cour admet *incontestablement* la *validité de la renonciation* : c'est le cas notamment pour une série de garanties du 'procès équitable' énoncées à l'article 6 (...) ». C'est nous qui soulignons.

¹²⁵ Formule rencontrée notamment chez W.-J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *op. cit.*, p. 165 ainsi qu'en France chez J. ARROYO, *op. cit.*, p. 87.

ii. Les nuances apportées à l'opposition traditionnelle

Il appert que cette opposition entre ordre public et lois impératives – toutefois déjà sujette à critiques dès l'origine (a.) – a tendance aujourd'hui à s'estomper¹²⁶, tant au regard de la pertinence de l'intérêt protégé comme critère d'opposition (b.), qu'au regard des conséquences qui en découlent¹²⁷ (c.). Aussi convient-il d'exposer brièvement certaines de ces nuances, de sorte à pouvoir indiquer leur intérêt dans le cadre de la renonciation aux garanties du procès équitable (voy. *infra*, C.).

a. Une opposition sujette à critiques dès l'origine

Cette opposition traditionnelle, consacrée de manière constante en Belgique depuis un arrêt de la Cour de cassation du 6 décembre 1956¹²⁸, semble dès le départ avoir prêté le flan à la critique¹²⁹. Aussi, P. de Harven avait déjà interprété l'« ordre public proprement dit »¹³⁰ tel que défini par la Cour de cassation, comme admettant divers degrés¹³¹. L'approche défendue par cet auteur distingue ainsi « ce qui est d'ordre public au degré maximum, et engendre (...) des nullités absolues »¹³² de « ce qui est d'ordre public à un degré moins accentué et n'engendre (...) que des nullités relatives »¹³³. La distinction s'opère elle-même sur la base de la « (...) nature collective ou privée des intérêts (...) »¹³⁴ protégés.

¹²⁶ Cons. en ce sens, notamment : F. PEERAER, « De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht *sensu stricto* in het Belgische verbintenissenrecht », *op. cit.*, pp. 2749, n° 43 à 2790, n° 75. ; J. VAN ZUYLEN, *op. cit.*, pp. 90 à 130. ; P. WERY, « L'essor du droit impératif et ses rapports avec l'ordre public en matière contractuelle », *op. cit.*, pp. 149, n° 13 à 151, n° 18.

¹²⁷ En ce sens : F. PEERAER, « De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht *sensu stricto* in het Belgische verbintenissenrecht », *op. cit.*, pp. 2756, n° 52 à 2763, n° 57. *Adde* p. 2705 : « Zowel het conceptuele onderscheid tussen openbare orde en dwingend recht als de verschillen qua rechtsgevolgen zijn (...) uitgekristalliseerd en nadien gemeengoed geworden. Sindsdien is die tweedeling echter onder druk komen te staan (...) ». C'est nous qui soulignons. ; En ce sens : W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, pp. 79 et 80.

¹²⁸ A. MEEUS, *op. cit.*, p. 510, n° 13. ; *Adde* Cass., 6 décembre 1956, *R.C.J.B.*, 1960, p. 156, note G. Baeteman.

¹²⁹ Voy. A. VAN REGENMORTELE, *op. cit.*, p. 95 : Au sujet de la définition de l'ordre public, l'auteur s'interroge sur la jurisprudence constante de la Cour de cassation, « (...) vermits De Page zelf geenszins volledigheid presenteerde en deze definitie ook snel voorwerp werd van doctrinale kritiek ». C'est nous qui soulignons.

¹³⁰ Voy. Cass., 9 décembre 1948, *Pas.*, 1948, I, p. 699.

¹³¹ Voy. P. DE HARVEN, *op. cit.*, pp. 262, n° 4 et 264, n° 5.

¹³² Qu'il qualifie d'« ordre public absolu ». Voy. P. DE HARVEN, *ibidem*, p. 264, n° 5.

¹³³ Qu'il qualifie d'« ordre public relatif ». Voy. P. DE HARVEN, *ibidem*, p. 264, n° 5. ; *Adde* pour un commentaire de la note : A. MEEUS, *op. cit.*, p. 508, n° 10.

¹³⁴ P. DE HARVEN, *op. cit.*, p. 265, n° 7.

Cette position rappelle le régime qui existe en France, qui ne connaît pas cette dichotomie entre l'ordre public et lois impératives¹³⁵. En droit français, toutes les dispositions impératives sont d'ordre public, lequel admet ensuite divers degrés en fonction de l'intérêt protégé¹³⁶. Par conséquent, l'ordre public protège tantôt l'intérêt général au travers de l'article 6 du Code civil, tantôt les intérêts particuliers du titulaire d'un droit¹³⁷. L'on distingue ainsi dans le droit français l'ordre public classique de l'ordre public économique¹³⁸. Au sein de ce dernier, une sous-distinction est également opérée entre l'ordre public économique de *direction*, protecteur de l'intérêt général et l'ordre public économique de *protection* des intérêts particuliers¹³⁹.

Ces deux positions n'impliquent toutefois à notre avis pas de conséquences fondamentalement différentes, dès lors qu'elles traduisent toujours ce lien concepts/conséquences (voy. *supra*, B., i. a.), lequel se prête dans la suite toutefois à certaines nuances.

b. L'opposition sur la base de l'intérêt protégé

D'aucuns ont déjà très tôt affirmé que les lois impératives ne se contentent guère de protéger des intérêts privés, mais qu'elles contribuent également, certes fonction des circonstances, à la protection de l'intérêt général¹⁴⁰. Ceci s'inscrit désormais dans un courant doctrinal plus large, lequel vise à nuancer cette « sacro-sainte »¹⁴¹ distinction

¹³⁵ A. MEEUS, *op. cit.*, p. 511 *in fine*, n° 16 *ab initio*.

¹³⁶ P. FRUMER, *op. cit.*, p. 489, n° 665

¹³⁷ J. ARROYO, *op. cit.*, pp. 86 et 87, n° 131.

¹³⁸ J. ARROYO, *ibidem*, p. 89, n° 133.

¹³⁹ J. ARROYO, *ibidem*, p. 89, n° 133 et 134. ; Adde F. PEERAER, « De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht *sensu stricto* in het Belgische verbintenissenrecht », *op. cit.*, pp. 2724 *in fine* et 2725 *ab initio*, n° 23 : L'auteur souligne que l'ordre public de *direction* correspond en Belgique à la catégorie de l'ordre public, tandis que l'ordre public de *protection* correspond à la catégorie des lois impératives.

¹⁴⁰ A. MEEUS, *op. cit.*, p. 511, n° 15. L'auteur expose ainsi qu'« il n'est manifestement pas exact de dire que les lois impératives n'ont pour but que de protéger des intérêts privés. Si le législateur organise une telle protection, c'est parce que l'intérêt général le commande (...) ».

¹⁴¹ 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. 297.

entre l'ordre public et les lois impératives sur la base de l'intérêt protégé¹⁴², dès lors que le socle de l'intérêt général repose toujours déjà sur des intérêts privés¹⁴³.

c. L'opposition quant aux conséquences

Cet estompement est également visible au niveau des conséquences que l'on attache traditionnellement à pareille opposition. C'est par exemple le cas au regard de l'office du juge¹⁴⁴, où la jurisprudence de la Cour de cassation semble évoluer vers « (...) une approche plus monolithique de l'ordre public et du droit impératif (...) »¹⁴⁵. Classiquement, l'on enseigne qu'il est du devoir du juge de soulever d'office la nullité absolue d'une clause ou d'une convention qui viole l'ordre public, même lorsque les parties ne l'invoquent pas¹⁴⁶. Le juge n'exerce en principe pas ce rôle au regard de la nullité relative¹⁴⁷.

Il n'empêche que les voix qui prônent un rôle plus actif du juge au regard de la violation des normes impératives s'élèvent en doctrine¹⁴⁸, notamment sous l'influence de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne¹⁴⁹. Dans deux arrêts de principe¹⁵⁰, la Cour de cassation a par ailleurs consacré une nouvelle conception de

¹⁴² Cons. en ce sens : L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis – Deel I*, *op. cit.*, p. 130, n° 107. ; F. PEERAER, « De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht *sensu stricto* in het Belgische verbintenissenrecht », *op. cit.*, pp. 2749, n° 44 à 2751, n° 45. ; P. WERY, « L'essor du droit impératif et ses rapports avec l'ordre public en matière contractuelle », *op. cit.*, pp. 149, n° 13 et 14.

¹⁴³ F. PEERAER, « De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht *sensu stricto* in het Belgische verbintenissenrecht », *op. cit.*, pp. 2749 *in fine* et 2750 *ab initio*.

¹⁴⁴ Cons. notamment à ce sujet : J. VAN ZUYLEN, *op. cit.*, pp. 111, n° 13 à 118, n° 16.

¹⁴⁵ P. LEFEBVRE et M. SERVAIS, *op. cit.*, p. 304, n° 10.

¹⁴⁶ F. PEERAER, « De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht *sensu stricto* in het Belgische verbintenissenrecht », *op. cit.*, p. 2756, n° 52. ; J. VAN ZUYLEN, *op. cit.*, p. 111, n° 13. ; P. WERY, « L'essor du droit impératif et ses rapports avec l'ordre public en matière contractuelle », *op. cit.*, p. 151 *ab initio*, n° 18.

¹⁴⁷ F. PEERAER, « De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht *sensu stricto* in het Belgische verbintenissenrecht », *op. cit.*, p. 2753, n° 49 *ab initio*. ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge. 2. Les obligations*, *op. cit.*, p. 361 *in fine* et 362, n° 220.

¹⁴⁸ En ce sens : A. MEEUS, *op. cit.*, pp. 525 à 527, n° 28. ; J. VAN ZUYLEN, *op. cit.*, pp. 111, n° 13 à 118, n° 16 ; P. WERY, « L'essor du droit impératif et ses rapports avec l'ordre public en matière contractuelle », *op. cit.*, p. 151, n° 18. ; *Contra* toutefois P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge. 2. Les obligations*, *op. cit.*, p. 362, n° 220. L'auteur suit néanmoins ce courant majoritaire dans certains cas, notamment en matière de protection des consommateurs.

¹⁴⁹ Cons. notamment : LEFEBVRE et M. SERVAIS, *op. cit.*, pp. 304, n° 11 à 310, n° 20. ; F. PEERAER, « De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht *sensu stricto* in het Belgische verbintenissenrecht », *op. cit.*, pp. 2767, n° 59 à 2778, n° 65. ; P. WERY, « L'essor du droit impératif et ses rapports avec l'ordre public en matière contractuelle », *op. cit.*, p. 151, n° 18. ; *Adde* notamment C.J.U.E., C-243/08 *Pannon*, 4 juin 2009, *JO* 2009, 180/19

¹⁵⁰ Cass., 14 avril 2005, *Pas.* 2005, I, p. 862. ; Confirmé par : Cass., 2 avril 2010, *Pas.* 2010, II, p. 1102. ; Voy. ultérieurement, notamment : Cass., 14 décembre 2012, *Pas.* 2012, liv. 12, p. 2497. ; Cass.

l'office du juge¹⁵¹, selon laquelle ce dernier a l'*obligation* de soulever d'office la violation, non seulement des règles d'ordre public, mais également des règles *impératives* et même *supplétives*¹⁵², toutefois uniquement lorsqu'il peut déduire pareille violation des « faits spécialement invoqués »¹⁵³ par les parties¹⁵⁴. Dans le cas de « faits adventices »¹⁵⁵, le juge a la faculté, mais jamais l'obligation de soulever d'office la nullité¹⁵⁶.

Cet estompement n'a ensuite guère non plus épargné le champ de la renonciation, laquelle, rappelons-le, n'est admise en droit privé qu'au regard des règles impératives¹⁵⁷. Ces dernières visent avant tout, nous le savons à présent, à octroyer une protection à certaines parties considérées comme faibles dans une relation juridique¹⁵⁸. Un justiciable n'est toutefois pas obligé d'accepter le bénéfice de la protection que lui confère le législateur et peut de ce fait décider d'y renoncer¹⁵⁹. Il appert toutefois que la doctrine n'est pas unanime au regard du moment à partir duquel pareille renonciation peut avoir lieu¹⁶⁰. Un seul élément semble incontestable :

(1^{ère} ch.), 27 septembre 2013, *J.T.*, 2014, liv. 6560, p. 285. ; Cass (1^{ère} ch.), 31 octobre 2013, *J.T.*, 2014, liv. 6564, p. 372.

¹⁵¹ Au sujet de l'« office du juge actif », voy. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Chronique de l'office du juge », *J.L.M.B.*, 2013/25, pp. 1307 à 1320.

¹⁵² Comme le précisent LEFEBVRE et M. SERVAIS, *op. cit.*, p. 311, n° 25 : La Cour de cassation « (...) n'opère aucune distinction en fonction de la nature de la norme concernée ». C'est nous qui soulignons. ; F. PEERAER, « De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht *sensu stricto* in het Belgische verbintenissenrecht », *op. cit.*, p. 2761, n° 55.

¹⁵³ Au regard de cette notion, voy. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction – Iura dicit curia*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 525 *in fine* et 526, n° 668.

¹⁵⁴ LEFEBVRE et M. SERVAIS, *op. cit.*, p. 311, n° 25. ; S'il s'agit d'une disposition impérative, le juge doit auparavant vérifier que la partie n'ait pas renoncé au bénéfice de cette règle impérative. Voy. P. WERY, « L'essor du droit impératif et ses rapports avec l'ordre public en matière contractuelle », *op. cit.*, p. 151, n° 18.

¹⁵⁵ Au regard de cette notion, voy. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction – Iura dicit curia*, *op. cit.*, pp. 526 à et 528 *ab initio*, n° 670 et 671. ; *Adde* pour un éclairage quant à la distinction : J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Chronique de l'office du juge », *op. cit.*, pp. 1310 à 1313, n° 5 à 8.

¹⁵⁶ LEFEBVRE et M. SERVAIS, *op. cit.*, p. 311, n° 25. ; Voy. Cass. 14 décembre 2012, *Pas.*, 2012, liv. 12, p. 2497. ; Une controverse est toutefois née au regard des faits adventices, de sorte que d'aucuns considéraient que le juge avait néanmoins l'obligation d'appliquer les règles d'ordre public aux faits adventices. Cette controverse semble toutefois avoir été tranchée par un arrêt récent de la Cour de cassation. Voy. Cass., 17 mars 2016, *T.B.B.R.*, 2017/6, p. 361. ; *Adde* F. PEERAER, « De taak van de rechter bij het toepassen van normen van openbare orde : minder vanzelfsprekend dan het lijkt », note sous Cass., 17 mars 2016, *T.B.B.R.*, 2017/6, pp. 361 à 369.

¹⁵⁷ J. VAN ZUYLEN, *op. cit.*, p. 118, n° 16.

¹⁵⁸ *Cf.* notamment : J. VAN ZUYLEN, *ibidem*, p. 90, n° 1.

¹⁵⁹ P. BAZIER, *op. cit.*, p. 154, n° 20 *ab initio*. ; G. BAETEMAN, « Les effets des dispositions légales impératives protégeant des intérêts privés », note sous Cass., 6 décembre 1956, *R.C.J.B.*, 1960, p. 168, n° 9.

¹⁶⁰ J. VAN ZUYLEN, *op. cit.*, p. 119, n° 17.

une partie ne pourrait renoncer au bénéfice d'une norme impérative dont la protection n'a pas encore pu sortir ses effets¹⁶¹.

Pour le reste, des hésitations subsistent au regard du moment à partir duquel pareille protection est censée sortir ses effets. D'aucuns soutiennent ainsi que la renonciation est admissible une fois que le droit faisant l'objet d'abdication est « acquis et entré » dans le patrimoine du titulaire de la protection¹⁶². D'autres font plutôt référence au critère de la naissance du litige¹⁶³. Il appert toutefois que ce dernier critère, lequel devrait trouver une attache dominante dès lors qu'il implique une meilleure protection à l'égard du bénéficiaire de la norme impérative¹⁶⁴, ne semble guère pertinent au regard de certaines dispositions de protection des consommateurs, lesquelles prohibent la renonciation, nonobstant leur caractère impératif¹⁶⁵.

d. Conclusion intermédiaire

Sans trop encore nous y attarder, il appert donc que ces nuances font état d'une remise en question de ce lien concepts/conséquences¹⁶⁶. En d'autres termes, l'on n'attacherait plus, comme à l'origine, un certain nombre de conséquences automatiques à la qualification d'une norme comme d'ordre public ou impérative¹⁶⁷. Pareille remise en question ne sera pas sans intérêt au regard de la renonciation aux garanties du procès équitable.

¹⁶¹ J. VAN ZUYLEN, *op. cit.*, p. 120, n° 17. ; Cf. P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge. 2, Les obligations*, *op. cit.*, p. 364, n° 221.

¹⁶² P. VAN OMMESLAGHE, « Rechtsverwerking en afstand van recht », *op. cit.*, p. 750 *ab initio*, n° 10. ; *Adde* : S. JANSEN, *op. cit.*, p. 340, n° 14. ; P. BAZIER, *op. cit.*, pp. 155 *in fine* et 156, *ab initio*, n° 21. ; F. RIGAUX, *op. cit.*, p. 426 n° 21. ; A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, p. 42, n° 37.

¹⁶³ En ce sens : S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht – Boek I*, Brugge, Die Keure, 2005, p. 40. ; *Contra* toutefois L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis – Deel 2*, *op. cit.*, p. 697, n° 554.

¹⁶⁴ Voy. J. VAN ZUYLEN, *op. cit.*, p. 120, n° 17. ; *Adde* les illustrations proposées pp. 121, n° 18 à 127, n° 20.

¹⁶⁵ J. VAN ZUYLEN, *ibidem*, pp. 125, n° 19 et 127, n° 21 (en matière de clauses abusives).

¹⁶⁶ F. PEERAER, « De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht *sensu stricto* in het Belgische verbintenissenrecht », *op. cit.*, p. 2749 : « Die uitgesproken en principieel duidelijke categorisatie is echter *op alle vlakken* het voorwerp van kritiek (geweest) ». C'est nous qui soulignons.

¹⁶⁷ F. PEERAER, « De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht *sensu stricto* in het Belgische verbintenissenrecht », *ibidem*, p. 2790, n° 76 : L'auteur parle de « *toenadering* tussen regels van openbare orde en dwingend recht en de daaraan verbonden gevolgen ». C'est nous qui soulignons.

C. L'intérêt de ces nuances pour la renonciation aux garanties du procès équitable

Au vu des développements énoncés plus haut, il appert que certaines fissures se frayent un chemin dans le mur soutenant l'opposition entre l'ordre public et les lois impératives, et ce tant au regard de la pertinence de l'intérêt protégé comme critère d'opposition qu'au niveau des conséquences qui en découlent¹⁶⁸. Quoique loin de s'effondrer¹⁶⁹, il n'empêche que ces premières fentes peuvent, selon nous, servir de prétexte aux fins de démontrer que le caractère d'ordre public de l'article 6 de la Convention ne constitue guère un obstacle initial à la renonciation aux garanties du procès équitable.

Les solutions recensées en doctrine, lesquelles pourraient au premier abord nous aider à surmonter l'obstacle de l'ordre public (i.), n'apportent à notre avis point les éclaircissements pertinents dans le cadre de ce travail (ii.). Aussi proposons-nous de les réfuter au profit d'une approche originale, et que nous qualifions de contextuelle, inspirée des écrits de F. Peeraer (iii.).

i. Les solutions existantes

Nous proposons d'emblée de faire état de diverses solutions relevées en doctrine, lesquelles permettraient de justifier la renonciation aux garanties du procès équitable.

¹⁶⁸ Ce questionnement n'est d'ailleurs pas nouveau en doctrine belge. Voy. notamment : F. PEERAER, « De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht *sensu stricto* in het Belgische verbintenissenrecht », *ibidem*, pp. 2749, n° 43 à 2790, n° 75. ; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, p. 81 : « Het bovenstaande laat een evolutie zien naar een grotere verscheidenheid van privaatrechtelijke sancties en van het *losknippen* van de *strakke band tussen de 'begrippen' en de daaraan gehechte 'gevolgen'* ». C'est nous qui soulignons.

¹⁶⁹ En ce sens, F. PEERAER, « De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht *sensu stricto* in het Belgische verbintenissenrecht », *op. cit.*, p. 2790, n° 76. L'auteur s'exprime ainsi : « Zo heeft de – niet onterechte – kritiek op het conceptuele onderscheid *niet tot gevolg* dat een herziening van het onderscheid tussen regels van openbare orde en dwingend recht absoluut noodzakelijk is ». C'est nous qui soulignons.

a. Une matière d'ordre public peut accoucher de règles impératives

Certains auteurs, parmi ceux-ci P. Van Ommeslaghe, affirment que le caractère d'ordre public d'une matière n'implique pas forcément que *toutes* les règles qui en découlent acquièrent automatiquement la même nature¹⁷⁰, n'excluant pas par conséquent toute faculté de renonciation¹⁷¹. En d'autres termes, des règles intéressant l'ordre public peuvent accoucher de certains « (...) droits dont les parties peuvent disposer et qui peuvent dès lors faire l'objet d'une renonciation »¹⁷². A supposer que l'on transpose ce constat dans le champ de l'article 6, § 1^{er} de la Convention, il en découlerait que le caractère d'ordre public conféré à cette disposition n'empêcherait pas la renonciation à certaines des garanties qui y sont consacrées, lesquelles revêteraient de ce fait un caractère impératif.

b. Une règle peut n'être d'ordre public qu'au regard de sa substance

D'autres soutiennent que le caractère d'ordre public des dispositions en matière de droits fondamentaux ne s'attache qu'à la substance du droit¹⁷³, de sorte que seule une renonciation qui affecterait le « noyau dur »¹⁷⁴ du droit en question pourrait être annulée car contraire à l'ordre public¹⁷⁵. Ceci impliquerait donc que seule une renonciation portant sur l'exercice du droit est admissible¹⁷⁶. A titre d'exemple, si les parties ne pouvaient renoncer au droit de voir leur cause tranchée par un tribunal

¹⁷⁰ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 345, n° 222. ; Voy. plus récemment P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge. 2, Les obligations*, *op. cit.*, p. 365 *in fine*, n° 222. ; En ce sens : J. DE CONINCK, *op. cit.*, p. 194, n° 12. ; A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, p. 41, n° 37. ; A. VAN REGENMORTEL, *op. cit.*, pp. 101 et 102 *ab initio*. ; P. WERY, *Droit des obligations. Théorie générale du contrat*, 2^e éd., vol. 1, Précis de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 300, n° 309. ; C'était également déjà la position arrêtée par H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 118. ; Voy. par exemple : Cass., 16 mai 2011, *N.j.W.*, 2011, p. 496.

¹⁷¹ P. VAN OMMESLAGHE, « Rechtsverwerking en afstand van recht », *op. cit.*, p. 749 *ab initio*, n° 10. L'auteur illustre notamment son propos au regard de la prescription. Même s'il s'agit d'une institution d'ordre public, il est possible de renoncer « à une prescription acquise ou en cours ».

¹⁷² P. VAN OMMESLAGHE, « Rechtsverwerking en afstand van recht », *op. cit.*, p. 749 *ab initio*, n° 10.

¹⁷³ G. GATHEM et A. STROWEL, *op. cit.*, pp. 515 *in fine* et 517 *ab initio*.

¹⁷⁴ G. GATHEM et A. STROWEL, *ibidem*, p. 515 *ab initio*.

¹⁷⁵ G. GATHEM et A. STROWEL, *ibidem*, p. 517.

¹⁷⁶ P. FRUMER, *op. cit.*, p. 578, n° 801 *ab initio*. ; En ce sens: W.-J. GANSCHOF VAN DER MEERSCH, *op. cit.*, pp. 239 et 240.

impartial, il n'empêcherait qu'elles soient censées renoncer à exercer leur faculté de récusation du juge, faute d'invoquer en temps utile une cause de récusation¹⁷⁷.

c. Une règle d'ordre public peut être simultanément impérative

Certains, tels que Goffin, défendent encore que l'article 6 de la CESDH serait à la fois une disposition d'ordre public et une disposition impérative, selon le destinataire de la norme concernée¹⁷⁸. Par conséquent, cette disposition relèverait de l'ordre public dès lors que l'Etat doit s'assurer que les parties bénéficient des garanties qui y sont consacrées¹⁷⁹. L'article 6 de la Convention revêtirait par ailleurs, à l'égard des parties, un caractère impératif, « au sens du droit belge »¹⁸⁰, de sorte qu'elles pourraient y renoncer, le cas échéant partiellement, par exemple en ayant recours à l'arbitrage¹⁸¹.

ii. *Réfutation des solutions existantes*

Ces solutions, certes hétérogènes de prime abord, partagent néanmoins un tronc commun : Toutes s'agencent autour du concept de l'ordre public. Aussi, si l'on suivait la position de Van Ommeslaghe, seules certaines garanties intéresseraient l'ordre public. Selon Gathem et Strowel, le caractère d'ordre public n'affecterait que leur substance. Enfin, Goffin considère que le caractère d'ordre public de la disposition ne vaut qu'à l'égard d'une certaine catégorie de destinataires. Il appert ainsi que ces derniers n'envisagent la renonciation qu'à l'égard de règles impératives. Or, nous voulons précisément parvenir à démontrer la renonciation aux garanties du procès équitable, nonobstant leur caractère d'ordre public.

¹⁷⁷ P. FRUMER, *op. cit.*, p. 580, n° 806.

¹⁷⁸ Voy., au regard du droit à un tribunal : L. GOFFIN, « De l'arbitrage obligatoire au barreau », note sous Bruxelles (1^e ch.), 4 octobre 1993, *R.T.D.H.*, 1994, p. 614 *ab initio*, n° 8. Comp. avec P. WERY, « L'essor du droit impératif et ses rapports avec l'ordre public en matière contractuelle », *op. cit.*, p. 147, n° 7. L'auteur précise que « l'impérativité peut (...) n'avoir été établie qu'au bénéfice d'une seule partie contractante ». C'est nous qui soulignons.

¹⁷⁹ L. GOFFIN, *op. cit.*, p. 614, n° 8. ; Voy. également P. FRUMER, *op. cit.*, p. 489, n°665. *Adde* note n° 1880.

¹⁸⁰ S. GOLDMAN et J.-F. TOSSENS, *op. cit.*, p. 232, n° 23. ; L. GOFFIN, *op. cit.*, p. 614, n° 8.

¹⁸¹ L. GOFFIN, *ibidem*, p. 614, n° 8. ; Voy. également P. FRUMER, *op. cit.*, p. 489, n°665. *Adde* note n° 1880.

L'on peut également s'interroger quant à la pertinence de pareilles solutions au regard de l'article 6 de la Convention. La solution préconisée par Van Ommeslaghe ouvrirait la porte à une fragmentation, au sein-même de cette disposition, entre d'une part, les garanties considérées comme relevant de l'ordre public et d'autre part, celles qui n'en relèvent pas et auxquelles il serait dès lors possible de renoncer¹⁸². La solution prônée par Gathem et Strowel favoriserait également une hiérarchie, ici entre la *substance*, relevant de l'ordre public, et *l'exercice* de ces garanties, ce dernier étant le seul à pouvoir faire l'objet d'une renonciation.

Une partie de la doctrine¹⁸³, que nous rejoignons, se montrerait toutefois habituellement hostile à toute tentative de fragmentation ou de hiérarchisation entre les droits fondamentaux – en particulier, au sein même du droit fondamental à un procès équitable, entre les diverses garanties qui y sont consacrées¹⁸⁴ – et n'hésiterait guère à exposer les dangers liés à pareille manière de procéder, notamment en matière de sécurité juridique¹⁸⁵. Ainsi, les diverses tentatives de hiérarchisation n'aboutissent pas toutes au même résultat, ce qui laisse planer le doute quant à la méthode utilisée pour fonder cette hiérarchie¹⁸⁶. Il appert également que la Cour elle-même ne s'est jamais prononcée sur l'existence d'une hiérarchie entre ces diverses garanties¹⁸⁷.

Cette manière d'approcher l'opposition à deux niveaux, soit ce qui est d'ordre public et ce qui est impératif, en fonction de l'intérêt protégé, de même que les conséquences qui en découlent automatiquement n'est, à notre avis, pas la piste à privilégier pour l'étude de la renonciation aux garanties du procès équitable. En effet, les nuances dont nous avons fait état précédemment permettent d'avancer un raisonnement qui se détache de cette approche *conceptuelle*, fondée sur l'intérêt protégé¹⁸⁸, et dont découlent traditionnellement diverses conséquences (voy. *supra*, B., i.). Il convient plutôt de privilégier une approche *contextuelle*, davantage fondée sur les

¹⁸² Voy. au regard de cette hiérarchie : P. FRUMER, *op. cit.*, pp. 528 et 529, n° 727.

¹⁸³ Voy. la position de P. FRUMER, *ibidem*, pp. 522 à 529.

¹⁸⁴ P. FRUMER, *ibidem*, p. 528, n° 727.

¹⁸⁵ P. FRUMER, *ibidem*, p. 529, n° 727.

¹⁸⁶ P. FRUMER, *ibidem*, p. 525, n° 722 et 723 *ab initio*.

¹⁸⁷ P. FRUMER, *ibidem*, p. 522.

¹⁸⁸ L'approche conceptuelle, soit le « conceptuele onderscheid » chez F. PEERAER, « De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht *sensu stricto* in het Belgische verbintenissenrecht », *op. cit.*, pp. 2711 à 2727 *ab initio*.

circonstances qui entourent la renonciation à de telles garanties¹⁸⁹. Le problème ne se situe guère à notre avis sur le plan des concepts, soit du caractère d'ordre public ou de droit impératif de cette disposition. L'on ne cherche donc pas à remettre en cause le caractère d'ordre public de l'article 6 de la Convention. L'approche contextuelle cherche sobrement à s'affranchir de cet automatisme concepts/conséquences.

iii. Le glissement d'une approche conceptuelle vers une approche contextuelle

Intrigués par la position de F. Peeraer, nous chercherons à la transposer à la renonciation aux garanties du procès équitable (a.). Cette position a le mérite de se détacher de ce lien concepts/conséquences, tandis que la position de O. De Schutter et J. Ringelheim consacre uniquement le contexte de la renonciation (b.).

a. Les conséquences sont fonction des circonstances

Nous avons précédemment exposé que la définition des lois impératives¹⁹⁰ traduit une approche fondée sur ce lien concepts/conséquences (voy. *supra*, B., i., a.). Or, l'approche contextuelle proposée vise au contraire à s'affranchir de cette manière de penser.

Nous nous inspirons ici des écrits de F. Peeraer, illustrant son propos au regard de la théorie des nullités. En effet, celui-ci soutient en ce sens : « zo kan een schending van een regel van openbare orde (...) in bepaalde gevallen leiden tot de absolute nietigheid, terwijl een dergelijke schending in andere gevallen de relatieve nietigheid tot gevolg kan hebben. Het belang van de norm (*l'importance*) zegt immers nog niets over het belang (*l'intérêt*) dat die norm beoogt te beschermen »¹⁹¹. En d'autres termes, il ne faut guère confondre, selon F. Peeraer, l'importance de la norme et l'intérêt que veut protéger cette norme, de sorte que cet intérêt ne devrait pas déterminer les conséquences qui en découlent de manière automatique. Les termes soulignés dans l'extrait ci-dessus l'indiquent bien : la nullité absolue est fonction des circonstances,

¹⁸⁹ Comp. *infra* l'approche de O. DE SCHUTTER et J. RINGELHEIM, *op. cit.*, p. 442.

¹⁹⁰ Voy. A. MEEUS, *op. cit.*, p. 510, n°13 et p. 514, n°19.

¹⁹¹ F. PEERAER, « Actuele ontwikkelingen inzake totstandkoming en nietigheid van contracten en contractuele bedingen », *Themis*, 2015-2016/2, n° 95, p. 68, n° 48. C'est nous qui soulignons.

de sorte que *dans certains cas seulement* la violation d'une règle d'ordre public sera sanctionnée par la nullité absolue, le régime des nullités n'étant plus prédéterminé en fonction de l'intérêt protégé. Si F. Peeraer prend ici l'exemple de la théorie des nullités, ce même raisonnement peut à notre avis également s'appliquer à la renonciation.

Ce détachement concepts/conséquences permet d'avancer ceci : Le caractère d'ordre public de l'article 6 ne permet plus, selon cette position, d'en tirer des conséquences automatiques en matière de renonciation. Le mur que nous évoquions précédemment ne s'effondre toutefois pas totalement, dès lors que selon l'approche contextuelle, il n'est à notre avis pas nécessaire de remettre en cause le caractère d'ordre public de l'article 6. Ce que l'on veut éviter, c'est d'y attacher des conséquences automatiques, notamment en matière de renonciation, qui découleraient de l'intérêt en cause protégé. Somme toute, ce n'est plus parce qu'une matière relève de l'ordre public qu'il faut automatiquement conclure à une absence de renonciation.

b. La consécration des circonstances entourant la renonciation

A cet effet, nous proposons, pour l'étude de la renonciation aux garanties du procès équitable, de nous inspirer également, en partie, de la vision consacrée par O. De Schutter et J. Ringelheim, auteurs qui parviennent dans leur raisonnement à se détacher du concept de l'ordre public, et proposent de partir du « (...) *contexte* dans lequel la renonciation est faite (...) »¹⁹². Ils imaginent une « situation idéale d'action »¹⁹³, laquelle comporte l'« (...) examen, aussi individualisé que possible, des *circonstances* entourant la renonciation (...) »¹⁹⁴. L'on préfère donc s'intéresser, du moins à l'échelle individuelle, aux circonstances dans lesquelles se déroule la renonciation aux garanties de l'article 6, § 1^{er} de la Convention.

¹⁹² O. DE SCHUTTER et J. RINGELHEIM, *op. cit.*, p. 442. C'est nous qui soulignons.

¹⁹³ O. DE SCHUTTER et J. RINGELHEIM, *ibidem*, p. 456.

¹⁹⁴ O. DE SCHUTTER et J. RINGELHEIM, *ibidem*, p. 442. C'est nous qui soulignons.

D. Propos de conclusion afférents à l'ordre public

Il appert que nous avons quelque peu bousculé, dans cette seconde section, la thèse initiale selon laquelle le caractère d'ordre public de l'article 6 de la Convention serait hostile à la faculté de renoncer aux garanties qui y sont consacrées. Les nuances apportées à l'opposition traditionnelle entre l'ordre public et les lois impératives ne permettent désormais plus de déduire de cette opposition des conséquences automatiques, notamment au regard de la renonciation. Nous pouvons dès lors répondre positivement à la première question, soit qu'il est possible de renoncer aux garanties du procès équitable consacrées à l'article 6, § 1^{er} de la CESDH.

Ceci rejoint par ailleurs la position adoptée par la Cour, qui n'a elle-même jamais formellement interdit le principe de la renonciation¹⁹⁵, malgré le caractère d'ordre public de l'article 6¹⁹⁶, lorsqu'elle a affirmé que « *ni la lettre ni l'esprit de ce texte n'empêchent une personne d'y renoncer de son plein gré (...)* »¹⁹⁷. En revanche, l'on ne pourrait complètement nier le caractère fondamental de cette disposition, de sorte que s'il est en règle autorisé de renoncer aux garanties qui y sont consacrées, pareille renonciation ne pourrait s'exercer « (...) d'une manière désinvolte, par insouciance ou inconscience »¹⁹⁸. Aussi convient-il d'éclairer les circonstances dans lesquelles la renonciation aux garanties procédurales fondamentales peut avoir lieu¹⁹⁹.

Nous proposons, dans un premier temps, de nous arrêter sur les *circonstances temporelles* de la renonciation. La question suivante servira donc d'assise principale à notre argumentation : un justiciable peut-il renoncer aux garanties du procès équitable à sa meilleure convenance ? (voy. ci-après, section 3). Il conviendra ensuite de

¹⁹⁵ P. FRUMER, *op. cit.*, p. 506, n° 693.

¹⁹⁶ P. FRUMER, *ibidem*, p. 203, n° 282 *ab initio*. ; S. GOLDMAN et J.-F. TOSSENS, « Recours en annulation : commentaire des arrêts de la Cour de cassation du 7 novembre 2013 et de la Cour d'appel de Bruxelles du 6 décembre 2011 », *b-Arbitra*, 2014/1, pp. 231 *in fine* et 232 *ab initio*, n° 22.

¹⁹⁷ Cour eur. D.H., arrêt *Hakansson et Sturesson c. Suède* du 21 février 1990, www.echr.coe.int, § 66. C'est nous qui soulignons. ; *Adde* CEDH, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere*, arrêt du 23 juin 1981, § 59 et CEDH, *H. c. Belgique*, arrêt du 30 novembre 1987, § 54. Voy. également P. FRUMER, *op. cit.*, p. 513, n° 702. *Adde* note n° 1986.

¹⁹⁸ P. GILLIAUX, *op. cit.*, p. 78 *in fine*.

¹⁹⁹ C'est notamment l'approche privilégiée par O. DE SCHUTTER et J. RINGELHEIM, *op. cit.*, p. 442. ; *Adde* P. FRUMER, *op. cit.*, p. 545, n° 749 *in fine*. L'auteur se penche également sur les modalités entourant la renonciation.

s'intéresser aux *circonstances personnelles* de la renonciation, c'est-à-dire au consentement éclairé dudit justiciable (voy. *infra*, section 4).

Section 3 – Les circonstances temporelles de la renonciation

La section précédente aura tout au moins apporté les éclaircissements utiles et pertinents en la matière : le caractère d'ordre public de l'article 6 de la Convention ne constitue pas forcément un obstacle à la renonciation aux garanties qui y sont consacrées. Etant donné que la possibilité existe de renoncer aux garanties du procès équitable, encore convient-il d'éclairer les circonstances temporelles de la renonciation, soit déterminer à partir de quand (exactement) cette dernière peut avoir lieu²⁰⁰.

Nous reviendrons, dans un premier temps, sur le critère retenu, en droit privé, au regard du moment à partir duquel la renonciation aux règles impératives peut avoir lieu (voy. ci-après, § 1^{er}). Peut-être ce critère servira-t-il de source d'inspiration aux fins de déterminer le moment à partir duquel un justiciable dispose de la faculté de renoncer aux garanties du procès équitable. Pour compléter ce point, nous proposerons ensuite, à partir de ce critère, de distinguer les deux temps de la renonciation aux garanties procédurales fondamentales, l'un *a posteriori* (voy. *infra*, § 2) et l'autre *a priori* (voy. *infra*, § 3).

§ 1^{er} – La détermination du moment de la renonciation

Aux fins de déterminer le moment à partir duquel il est permis de renoncer aux garanties du procès équitable (B.), il convient en premier lieu de rappeler le critère retenu en droit privé au regard du moment de la renonciation (A.).

²⁰⁰ Comp. G. GATHEM et A. STROWEL, *op. cit.*, pp. 507 *in fine* à 509. Les auteurs considèrent d'ailleurs que « (...) c'est le moment auquel intervient la renonciation qui est présenté comme étant un élément déterminant » aux fins d'attester sa validité.

A. Le critère retenu

Reprenons rapidement le fil de notre raisonnement. La seconde section aura révélé certaines brèches dans le mur soutenant l'opposition traditionnelle entre l'ordre public et les lois impératives. Il appert d'ailleurs que ces brisures n'ont guère épargné le régime de la renonciation. Aussi avons-nous évoqué l'existence d'une controverse doctrinale à propos du moment auquel les parties sont censées avoir bénéficié de la protection de la règle impérative et partant, auquel il est possible de renoncer à pareille protection²⁰¹. Nous avons exposé que le critère de la naissance du litige pourrait être préféré²⁰², de sorte que ce même critère sera retenu dans le cadre de notre étude des circonstances temporelles de la renonciation aux garanties du procès équitable. Toute la difficulté réside à présent dans notre capacité à déterminer le contenu derrière la notion de « litige » et le moment à partir duquel ce dernier surgit.

B. L'élément-clé : L'existence d'une « contestation »

L'article 6, § 1^{er} de la Convention prévoit que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, (...) des *contestations* sur ses droits et obligations de caractère civil (...) »²⁰³. Il appert ainsi que la détermination du moment à partir duquel les parties peuvent invoquer la protection des garanties du procès équitable réside dans la formulation-même de l'article 6, § 1^{er} de la Convention, dont l'applicabilité est tributaire de l'existence d'une « contestation »²⁰⁴.

²⁰¹ Voy. pour un aperçu de la controverse : J. VAN ZUYLEN, *op. cit.*, pp. 119, n° 17 à 128 *ab initio*, n° 21.

²⁰² Ceci s'explique par le fait que ce critère implique « une réduction de l'espace consacré à la renonciation », conférant de ce fait une protection plus efficace au bénéficiaire de la règle impérative. Voy. J. VAN ZUYLEN, *op. cit.*, p. 124, n° 19, ainsi que les illustrations pp. 121, n° 18 à 127, n° 21.

²⁰³ C'est nous qui soulignons.

²⁰⁴ R. ERGEC et J. VELU, *op. cit.*, p. 444, n° 411. ; P. GILLIAUX, *op. cit.*, p. 116. ; P. LEMMENS, *Geschillen over burgerlijke rechten en verplichtingen*, Anvers, Kluwer, 1989, p. 21, n° 16. ; F. MATSCHER, « La notion de "décision d'une contestation sur un droit ou une obligation (de caractère civil)" au sens de l'article 6, § 1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme », *Mélanges en l'honneur de J. Wiarda*, sous la direction de F. Matscher et H. Petzold, Köln, Berlin, 1988, p. 396, n° 1.

D'aucuns considèrent qu' « (...) il y a contestation dès qu'un différend réel et sérieux existe et qu'un justiciable le *soumet* à une juridiction nationale »²⁰⁵. Pareille affirmation impliquerait que les juridictions devraient nécessairement avoir été saisies au préalable pour pouvoir invoquer la protection des garanties contenues à l'article 6, § 1^{er} de la Convention. Nous préférons toutefois une position plus nuancée, qui définirait la contestation comme action impliquant « (...) qu'il existe entre les parties un différend véritable et sérieux, (...) que l'un des plaideurs a *entrepris de faire trancher* par la justice nationale »²⁰⁶. L'entreprise de faire trancher une contestation impliquerait donc qu'il ne soit aucunement nécessaire que les juridictions aient été saisies préalablement pour pouvoir invoquer le bénéfice des garanties consacrées à l'article 6, § 1^{er}.

Il s'agit-là, selon nous, surtout de subtilités du langage. De surcroît, la Cour écarte une acception trop formelle de cette notion au profit d'une acception matérielle²⁰⁷, et préfère renvoyer au terme de « litige », plus englobant que celui de « contestation »²⁰⁸. La protection conférée par l'article 6 de la Convention s'enclenche donc à partir de l'existence d'un litige, soit à partir du moment où la crise juridique a éclaté, sans qu'il soit pour autant nécessaire que les juridictions aient déjà été saisies²⁰⁹. Le justiciable bénéficie alors de la protection des garanties conférées par l'article 6, § 1^{er} de la Convention, de sorte qu'il puisse décider dès cet instant d'y renoncer²¹⁰.

Partant, ce critère nous amène à distinguer la renonciation *a posteriori* de la renonciation *a priori* (également qualifiée, ci-après, de « *renonciation anticipée* » ou

²⁰⁵ P. GILLIAUX, *op. cit.*, p. 116. C'est nous qui soulignons. ; Adde S. GUINCHARD, *op. cit.*, p. 148, n° 86 *in fine*.

²⁰⁶ M. DE SALVIA et J.-C. SOYER, *op. cit.*, p. 249 *in fine*. C'est nous qui soulignons. ; En ce sens: P. LEMMENS, *Geschillen over burgerlijke rechten en verplichtingen*, *op. cit.*, p. 23, n° 18 *ab initio* : « (...) geschillen die voor een rechtscollage gebracht (*kunnen*) worden ». C'est nous qui soulignons.

²⁰⁷ R. ERGEC et J. VELU, *op. cit.*, p. 444, n° 412. ; P. GILLIAUX, *op. cit.*, pp. 116 *in fine* et 117 *ab initio*. ; P. LEMMENS, *Geschillen over burgerlijke rechten en verplichtingen*, *op. cit.*, p. 22, n° 17. ; F. MATSCHER, « La notion de "décision d'une contestation sur un droit ou une obligation (de caractère civil)" au sens de l'article 6, § 1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme », *op. cit.*, p. 399, n° 1. ; Adde Cour eur. D.H., arrêt *Le Compte, Van Leuven et De Meyere* du 23 juin 1981, www.echr.coe.int, § 45.

²⁰⁸ P. LEMMENS, *Geschillen over burgerlijke rechten en verplichtingen*, *op. cit.*, p. 22, n° 17.

²⁰⁹ J. VAN ZUYLEN, *op. cit.*, p. 122, n° 18.

²¹⁰ Dès lors que c'est le critère de la naissance du litige qui détermine le moment de la renonciation. Voy. *supra*, § 1^{er}, A.

« *par avance* »)²¹¹. L'exercice de la faculté de renonciation renvoie ici à deux moments distincts : L'un en cours d'instance ou, à tout le moins, une fois le litige né (voy. ci-après, § 2) ; l'autre avant même la naissance d'un quelconque litige (voy. *infra*, § 3). Nous proposons de nous intéresser tout particulièrement à ce dernier moment, auquel nous consacrerons majeure partie de nos développements. Précisons ici déjà que nous avons préféré sélectionner certaines garanties procédurales (plutôt que de les énoncer toutes), aux fins d'illustrer au mieux les différents moments de la renonciation.

§ 2 – Premier temps : La renonciation *a posteriori* aux garanties du procès équitable

Comme nous venons de l'exposer, les parties bénéficient, dès la naissance du litige, de la protection des garanties consacrées à l'article 6, § 1^{er} de la CESDH, de sorte qu'elles peuvent soit décider d'en invoquer le bénéfice, soit décider d'y renoncer²¹². Il est à noter que les deux situations envisagées dans cette section impliquent bel et bien l'existence d'un litige né entre les parties. La distinction réside donc, soulignons-le, uniquement dans le fait que pour la première hypothèse, la faculté de renonciation s'exerce en cours d'instance (A.), tandis que dans la seconde, le litige n'a pas encore été porté devant les juridictions étatiques (B.).

A. La théorie de la renonciation pendant l'instance

Il ne serait guère opportun de s'atteler à une analyse fouillée de la théorie de la renonciation à certaines garanties du procès équitable en cours d'instance, étant donné que celle-ci a déjà pu faire l'objet d'une brillante contribution²¹³. De surcroît, la jurisprudence de la Cour confirme la faculté de renonciation, à tout le moins à certaines garanties du procès équitable, en cours d'instance²¹⁴. Tout au plus tenons-

²¹¹ Comp. avec la distinction opérée par G. GATHEM et A. STROWEL, *op. cit.*, p. 507. Les auteurs précisent eux-mêmes l'emprunter à la doctrine belge et française.

²¹² Sur le modèle de l'« autonomie négative ». Voy. F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 41.

²¹³ Cons. au sujet de la renonciation en cours d'instance aux garanties communes à la matière civile et pénale : P. FRUMER, *op. cit.*, pp. 199 à 248. *Addé* en particulier pour les garanties applicables à la matière pénale : pp. 152 à 199.

²¹⁴ Voy. par exemple, au regard de la renonciation à la publicité des audiences : Cour eur. D.H., arrêt *Hakansson et Sturesson c. Suède* du 21 février 1990, www.echr.coe.int, § 66. : « Ni la lettre ni l'esprit

nous à préciser que la renonciation en cours d'instance peut se présenter, à notre avis, sous deux formes distinctes²¹⁵, reprises ci-après.

i. Absence d'exercice d'une garantie procédurale en cours d'instance

La première hypothèse fait état d'un titulaire de garanties procédurales, lequel décide, en cours d'instance, de s'affranchir de certaines desdites garanties. Nous prenons pour illustration la renonciation à la publicité des débats et des audiences, dès lors que ce contentieux « (...) représente le terrain de prédilection de la renonciation »²¹⁶. Quoique l'article 6, § 1^{er} de la Convention dispose que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue (...) publiquement (...) »²¹⁷, la Cour a admis le principe même de la renonciation (à tout le moins expresse) à la publicité des débats²¹⁸, nonobstant le fait que pareille garantie soit considérée comme une « règle procédurale d'ordre public »²¹⁹. Aussi est-il communément reconnu qu'une partie renonce à la publicité des débats lorsqu'elle demande le huis clos²²⁰. Toutefois, ceci n'implique guère l'existence, pour le justiciable, d'un droit à obtenir le huis clos²²¹, de sorte que la demande peut être refusée lorsqu'elle heurte un « intérêt public important »²²².

de ce texte *n'empêchent* une personne *d'y renoncer* de son plein gré de manière expresse ou tacite ». C'est nous qui soulignons. ; En ce sens : Cour eur. D.H., arrêt *Le Compte, Van Leuven et De Meyere* du 23 juin 1981, www.echr.coe.int, § 59. ; Cour eur. D.H., arrêt *H. c. Belgique* du 30 novembre 1987, www.echr.coe.int, § 54.

²¹⁵ Nous nous inspirons ici de : O. DE SCHUTTER et J. RINGELHEIM, *op. cit.*, pp. 445 et 451.

²¹⁶ P. FRUMER, *op. cit.*, pp. 199 *in fine* et 200 *ab initio*. ; En ce sens : J.-F. FLAUSS, « A propos de la renonciation à la publicité des débats judiciaires », note sous l'arrêt *Hakansson et Sturesson* du 21 février 1990, *R.T.D.H.*, 1991, p. 495 *in fine* et 496 *ab initio*. ; Notons toutefois que d'aucuns envisagent la renonciation essentiellement à l'égard de la publicité des débats, tandis que la publicité du jugement semble se prêter plus difficilement à renonciation. En ce sens : R. ERGEC et J. VELU, *op. cit.*, pp. 532 et 533, n° 507. ; *Contra* toutefois : P. FRUMER, *op. cit.*, p. 226, n° 313 *in fine*.

²¹⁷ Voy. en Belgique : Art. 148 et 149 de la Constitution *j. Art. 6*, § 1^{er} de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

²¹⁸ R. ERGEC et J. VELU, *op. cit.*, p. 536, n° 511. ; *Cf.* en jurisprudence : Cour eur. D.H., arrêt *Hakansson et Sturesson c. Suède* du 21 février 1990, www.echr.coe.int, § 66. ; Cour eur. D.H., arrêt *Le Compte, Van Leuven et De Meyere* du 23 juin 1981, www.echr.coe.int, § 54. ; Au regard de la validité d'une renonciation tacite, *cf.* P. FRUMER, *op. cit.*, pp. 211, n° 293 à 222, n° 306.

²¹⁹ P. FRUMER, *op. cit.*, p. 203 *ab initio*. Voy. pour confirmation en Belgique du caractère d'ordre public de la règle de la publicité des débats, par exemple : Cass, 29 janvier 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 585.

²²⁰ P. GILLIAUX, *op. cit.*, p. 81. ; F. MATSCHER, « L'arbitrage et la Convention », *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, sous la direction de L.-E. Pettiti et al., Paris, Economica, 2^e éd., 1999, p. 283.

²²¹ R. ERGEC et J. VELU, *op. cit.*, p. 536, n° 511. ; P. FRUMER, *op. cit.*, p. 209 *ab initio*, n° 290.

²²² R. ERGEC et J. VELU, *ibidem*, p. 536, n° 511. ; P. FRUMER, *ibidem*, pp. 204, n° 283 et 206, n° 286 pour un développement de cette notion. ; *Cf.* également Cour eur. D.H., arrêt *Hakansson et Sturesson c. Suède* du 21 février 1990, www.echr.coe.int, §§ 66 et 67.

ii. Inaction à la suite de l'atteinte à une garantie procédurale

Nous illustrons la seconde forme de renonciation en cours d'instance par le biais de la garantie d'impartialité du juge²²³. Il convient de noter que dans le présent cas, l'on n'envisage guère la renonciation au droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal impartial²²⁴. En effet, la Cour semble plutôt réticente à admettre toute renonciation au regard de la garantie d'impartialité²²⁵, quoiqu'elle reconnaisse la renonciation à l'exercice de ce droit²²⁶. Ainsi, la renonciation aurait pour fondement la défaillance du justiciable de se prévaloir, en temps utile, de sa faculté de demander la récusation du juge²²⁷. En Belgique, le Code judiciaire énumère limitativement en son article 828 de telles causes de récusation, qu'une partie au procès doit invoquer en temps utile, sous peine d'être censée avoir renoncé à la faculté de demander la récusation du juge emprunt de partialité²²⁸. Soulignons toutefois ici déjà que pareille renonciation ne sera admise qu'à la condition qu'elle soit effectuée en pleine connaissance de cause, ce qui implique que le renonçant ait connaissance d'une cause de partialité dans le chef du juge²²⁹ (voy. *infra*, section 4).

B. La théorie de la renonciation avant l'instance

Nous savons désormais également que l'applicabilité de l'article 6 de la Convention n'est guère tributaire de la saisine des juridictions, mais que la protection conférée par ladite disposition s'enclenche dès la naissance du litige²³⁰ (i.). Aussi, les parties peuvent-elles décider de renoncer à cette disposition avant l'instance, ce que nous proposons d'illustrer par le biais du compromis arbitral (ii.).

²²³ Nous visons ici l'impartialité subjective (et non objective). Au regard de la distinction, voy. P. FRUMER, *op. cit.*, p. 227, n° 314.

²²⁴ P. FRUMER, *ibidem*, p. 228, n° 315.

²²⁵ La Cour a eu l'occasion de confirmer l'importance de la garantie d'indépendance et d'impartialité, cf. Cour eur. D.H., arrêt *Micallef c. Malte* du 15 octobre 2009, www.echr.coe.int, § 86 : « Thus, in such specific cases, while the independence and impartiality of the tribunal or the judge concerned is an indispensable and inalienable safeguard in such proceedings (...) ». C'est nous qui soulignons.

²²⁶ P. FRUMER, *op. cit.*, p. 228, n° 315.

²²⁷ P. FRUMER, *ibidem*, p. 228, n° 315.

²²⁸ Voy. en Belgique, l'article 833 du Code judiciaire: « Celui qui veut récuser doit le faire *avant le commencement de la plaidoirie, à moins que* les causes de la récusation ne soient survenues postérieurement (...) ». C'est nous qui soulignons.

²²⁹ En ce sens : P. FRUMER, *op. cit.*, p. 238, n° 327.

²³⁰ J. VAN ZUYLEN, *op. cit.*, p. 122, n° 18.

i. *L'arrêt Golder et le droit d'accès au juge*

Les garanties consacrées à l'article 6 de la CESDH trouvent déjà à s'appliquer avant la saisine des juridictions, dès lors que cette disposition consacre d'emblée *l'accès* au juge, ce que la Cour elle-même a eu l'occasion de confirmer dans son arrêt *Golder*²³¹. Quoique le droit d'accès à un tribunal ne soit pas expressément énoncé au sein de cette disposition²³², la Convention consacre des droits « (...) non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs »²³³, de sorte qu'il serait inconcevable de détailler l'ensemble des garanties du procès équitable, sans permettre d'abord l'accès au juge devant lequel le respect desdites garanties peut être invoqué²³⁴.

ii. *La renonciation au droit d'accès au juge une fois le litige né*

Quoique l'accès au juge soit d'une importance cardinale²³⁵, il n'empêche que les parties peuvent convenir, une fois le litige né²³⁶, par la voie d'un compromis arbitral²³⁷, de renoncer à ce que leur cause soit entendue par la « juridiction

²³¹ Cour eur. D.H., arrêt *Golder c. Royaume-Uni* du 21 février 1975, www.echr.coe.int, § 35 *in fine* : « (...) on ne comprendrait pas que l'article 6 par. 1 (art. 6-1) décrive en détail les garanties de procédure accordées aux parties à une action civile en cours et qu'il ne protège pas d'abord ce qui seul permet d'en bénéficier en réalité : *l'accès* au juge (...) ». C'est nous qui soulignons. ; Cf. en doctrine : G. CLOSSET-MARCHAL, « Les garanties du procès équitable en droit judiciaire privé », *op. cit.*, p. 682, n° 7 *ab initio*. ; J. VAN MEERBEECK, « L'accès à la justice à l'aune des exigences européennes », *L'accès à la justice*, sous la direction de J. Van Meerbeeck, Limal, Anthemis, 2017, p. 11, n° 6. *Adde*, en particulier, F. MATSCHER, « L'arbitrage et la Convention », *op. cit.*, p. 282 *ab initio* : « Les garanties procédurales de l'article 6 § 1 *n'entrent pas seulement en jeu* lorsqu'une procédure judiciaire se trouve *déjà engagée* : elles confèrent le droit d'obtenir une décision d'un tribunal, ce qui implique *l'accès effectif à ce tribunal* (...) ». C'est nous qui soulignons.

²³² P. LAMBERT, « Le droit d'accès à un tribunal dans la convention européenne de droits de l'homme », *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 58, n° 1. ; P. MOCK, « Le droit à un procès équitable en matière civile », *R.T.D.H.*, 1995, p. 387. ; J. VAN COMPERNOLLE, « L'incidence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur l'administration de la justice : Le droit à un procès équitable », *op. cit.*, p. 65, n° 4 *ab initio*.

²³³ Voy. notamment : Cour eur. D.H., arrêt *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, www.echr.coe.int, § 24. ; *Adde* en doctrine : J. VAN MEERBEECK, *op. cit.*, p. 11, n° 7 *ab initio*.

²³⁴ P. MOCK, *op. cit.*, p. 391 *in fine*. ; J. VAN MEERBEECK, *op. cit.*, p. 9, n° 3. ; Cour eur. D.H., arrêt *Golder c. Royaume-Uni* du 21 février 1975, www.echr.coe.int, § 35 *in fine*.

²³⁵ J. VAN MEERBEECK, *op. cit.*, pp. 8 *in fine* et 9 *ab initio*, n° 1.

²³⁶ Cf. Art. 1681 du Code judiciaire : « Une convention d'arbitrage est une convention par laquelle les parties soumettent à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends *qui sont nés* ou pourraient naître entre elles (...) ». C'est nous qui soulignons.

²³⁷ Cf. au regard de la distinction entre le compromis et la clause compromissoire : O. CAPRASSE, « L'arbitrage et la médiation », *Droit judiciaire : Manuel de procédure civile*, sous la direction de G. de Leval, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2015, p. 1386, n° 11.15.

normalement appelée à en connaître »²³⁸. L'arbitrage²³⁹, en tant que mode alternatif de règlement de litiges, vise ainsi à « (...) mettre fin à un litige par une renonciation à la juridiction des tribunaux ordinaires »²⁴⁰. Ceci s'explique notamment par sa souplesse au regard des lenteurs de la justice classique²⁴¹, ou encore en raison de la faculté qu'ont les parties de désigner des arbitres compétents dans un domaine particulier²⁴². La renonciation à l'accès aux juridictions étatiques entraîne également l'abandon de certaines garanties du procès équitable²⁴³. Nous rappelons ici toutefois l'étude de la renonciation auxdites garanties réalisée plus en détails dans la section traitant de la renonciation anticipée (voy. *infra*, § 3, A.).

C. Bilan de la renonciation *a posteriori*

Il ressort de nos observations que la faculté de renonciation peut s'exercer *a posteriori*, soit en cours d'instance, soit avant la saisine des juridictions étatiques, dès la naissance du litige. Il semble à présent opportun de déterminer si la naissance d'un litige est une condition *sine qua non* de la renonciation aux garanties consacrées à l'article 6, § 1^{er} de la CESDH. Cette question sera abordée dans la suite de nos développements, que nous proposons de trouver ci-après.

²³⁸ P. FRUMER, *op. cit.*, p. 104 *in fine*, n° 142. ; Voy. également R. ERGEC et J. VELU, *op. cit.*, p. 441, n° 407 *ab initio*. ; P. GILLIAUX, *op. cit.*, pp. 81 *in fine* et 926. ; *Adde en France*, J. ARROYO, *op. cit.*, p. 137, n° 215 *in fine*. ; Voy. par exemple en jurisprudence : Cour eur. D.H., arrêt *Deweere c. Belgique* du 27 février 1980, www.echr.coe.int, § 49. ; *Adde* récemment Cour eur. D.H., arrêt *Tabbane c. Suisse* du 1^{er} mars 2016, www.echr.coe.int, § 25 : « L'article 6 ne s'oppose donc pas à la création de tribunaux arbitraux (...) ». ; Cf. également art. 1682 du Code judiciaire : « Le juge saisi d'un différend faisant l'objet d'une convention d'arbitrage se déclare sans juridiction à la demande d'une partie (...) ». C'est nous qui soulignons.

²³⁹ L'on se réfère ici uniquement à l'arbitrage volontaire, et non à l'arbitrage forcé. Au sujet de cette distinction, cf. P. FRUMER, *op. cit.*, pp. 105, n° 143 à 123, n° 165.

²⁴⁰ P. FRUMER, *ibidem*, p. 104, n° 141 *in fine*. ; *Adde* G. CLOSSET-MARCHAL, « Les garanties du procès équitable en droit judiciaire privé », *op. cit.*, p. 683, n° 14 : « Une renonciation au droit d'accès à un tribunal peut également découler d'une convention d'arbitrage ». ; *Adde en France*, J. ARROYO, *op. cit.*, p. 137, n° 215 *in fine*.

²⁴¹ P. FRUMER, *op. cit.*, p. 103 *in fine*, n° 140.

²⁴² P. FRUMER, *ibidem*, p. 104 *ab initio*, n° 140. ; P. LAMBERT, « Les procédures d'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme », *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges Jacques Velu*, t. 2, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 1288, n° 6.

²⁴³ P. GILLIAUX, *op. cit.*, p. 930 *in fine* et 931 *ab initio*.

§ 3 – Second temps : La renonciation « à l’aveugle »

Il convient à présent d’entamer l’étude de la renonciation anticipée aux garanties du procès équitable, hypothèse selon laquelle la renonciation aurait lieu avant même la naissance d’un quelconque litige. A peine cette étude commencée, l’on se heurte déjà à la difficulté d’articuler les notions de renonciation et d’anticipation²⁴⁴. Les propos de la Cour elle-même semblent d’ailleurs couper court à l’étude de la renonciation anticipée, lorsqu’elle soutient que le justiciable doit pouvoir « (...) bénéficier pleinement, et *sans pouvoir y renoncer à l’avance*, des droits et libertés garantis par la Convention »²⁴⁵, en ce compris donc le droit à un procès équitable et l’ensemble des garanties qu’il consacre.

Le même obstacle semble se dresser dans le cadre du droit privé, où la doctrine défend que « la renonciation *anticipée*, au moment de la conclusion du contrat, est *proscrite* »²⁴⁶. Ce n’est, on le rappelle, qu’une fois le litige né, c’est-à-dire une fois que la crise juridique a éclaté, « (...) peu importe que la procédure ait déjà été entamée »²⁴⁷, que la renonciation est permise (voy. *supra*, section 1, § 1^{er}, A.). La difficulté principale à surmonter découle donc du principe selon lequel la renonciation serait inopérante préalablement à la naissance du litige. Dès lors que l’applicabilité de l’article 6 de la CESDH est tributaire de l’existence d’un litige (voy. *supra*, section 1, § 1^{er}, B.), l’on devrait, par conséquent, conclure à l’impossibilité de renonciation anticipée aux garanties du procès équitable.

Pourtant, d’aucuns affirment en doctrine qu’il n’y a lieu d’exclure d’emblée une renonciation *a priori*²⁴⁸ ; nous entendons par là que le litige n’est pas encore né. En effet, la solution résiderait, à notre avis, non pas dans l’exclusion automatique des

²⁴⁴ D’aucuns semblent d’ailleurs uniquement rattacher la faculté de renonciation à l’instance. Cf. F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 41 : « (...) partie qui, *en cours de procès*, invoque le bénéfice de la renonciation ». C’est nous qui soulignons.

²⁴⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Refah Partisi c. Turquie* du 30 juillet 2001, www.echr.coe.int, § 70. C’est nous qui soulignons.

²⁴⁶ J. VAN ZUYLEN, *op. cit.*, p. 119, n° 17. C’est nous qui soulignons. ; La renonciation anticipée est également désignée par le terme de « dérogation ».

²⁴⁷ J. VAN ZUYLEN, *op. cit.*, p. 122, n° 18.

²⁴⁸ Voy. au regard des droits fondamentaux en général, la typologie de la renonciation développée par O. DE SCHUTTER et J. RINGELHEIM, *op. cit.*, pp. 445 et 446. ; *Adde*, en particulier, au regard des droits de la personnalité : G. GATHEM et A. STROWEL, *op. cit.*, pp. 507 et 508. Les auteurs précisent ainsi qu’il ne faut pas exclure d’emblée la « renonciation pour le futur par voie de convention ».

renonciations *a priori*, mais plutôt dans l'existence de « garde-fous » encadrant l'exercice de la renonciation à l'aveugle et permettant d'attester de sa validité. La première balise résiderait ainsi dans l'interdiction d'une renonciation anticipée portant sur *l'ensemble* des garanties du procès équitable²⁴⁹ (voy. ci-après, A.). La seconde balise viserait ensuite à empêcher les parties de consentir, par avance, à des violations graves de certaines garanties procédurales fondamentales (voy. *infra*, B.).

A. La première balise : La renonciation *a priori* partielle aux garanties du procès équitable

Il convient d'illustrer cette première balise au travers de la figure de l'arbitrage²⁵⁰. L'article 1681 du Code judiciaire autorise les parties à conclure des conventions d'arbitrage, notamment avant la naissance d'un litige²⁵¹. L'on parle alors de clauses compromissoires, par lesquelles les parties s'accordent, déjà dans leur contrat, à soustraire un litige *à naître* aux juridictions étatiques²⁵². Le recours à de telles clauses impliquerait-il par conséquent une renonciation par avance *à l'ensemble* des garanties du procès équitable²⁵³ ?

Développons : le recours à la clause compromissoire entraîne, à l'instar du compromis d'arbitrage, seulement une renonciation partielle aux garanties consacrées à l'article 6, § 1^{er} de la CESDH²⁵⁴. La Cour n'a toutefois jamais exposé les garanties en question auxquelles les parties renoncent, le cas échéant par avance, lorsqu'elles décident de

²⁴⁹ Comp. avec G. GATHEM et A. STROWEL, *op. cit.*, p. 509.

²⁵⁰ L'on se réfère ici uniquement à l'arbitrage volontaire, et non à l'arbitrage forcé. Au sujet de cette distinction, cf. P. FRUMER, *op. cit.*, pp. 105, n° 143 à 123, n° 165.

²⁵¹ Cf. Art. 1681 du Code judiciaire, lequel définit la convention d'arbitrage comme « une convention par laquelle les parties soumettent à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui sont nés ou pourraient naître entre elles (...) ». C'est nous qui soulignons.

²⁵² Voy. au regard de la distinction entre le compromis et la clause compromissoire : O. CAPRASSE, « L'arbitrage et la médiation », *op. cit.*, p. 1386, n° 11.15.

²⁵³ P. FRUMER, *op. cit.*, p. 112, n° 152 *ab initio*. ; P. LAMBERT, « Les procédures d'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1285 *in fine*, n° 4.

²⁵⁴ P. FRUMER, *ibidem*, pp. 110 et 113, n° 153. ; P. GILLIAUX, *op. cit.*, p. 926. ; Voy. pour le premier arrêt rendu en ce sens : Comm. eur. D.H., décision *X. c. R.F.A.* du 5 mars 1962, *Rec.*, n° 8, p. 68. ; Cf. pour une confirmation récente : Cour eur. D.H., arrêt *Tabbane c. Suisse* du 1^{er} mars 2016, www.echr.coe.int, § 27 : « En souscrivant une *clause d'arbitrage*, les parties *renoncent* volontairement à *certain*s droits garantis par la Convention ». C'est nous qui soulignons.

conclure une convention d'arbitrage²⁵⁵. Il importe dès lors d'y apporter certains éclaircissements supplémentaires, jugés utiles et pertinents.

i. L'accès au juge

L'insertion d'une clause compromissoire dans une convention d'arbitrage implique-t-elle en premier lieu une renonciation par avance au droit d'accès au juge ? La réponse réside, à notre avis, dans le prescrit-même de l'article 1681 du Code judiciaire. Cette disposition prévoit la possibilité pour les parties de choisir la voie de l'arbitrage par le biais d'un compromis, conclu après la naissance du litige²⁵⁶. La conclusion de pareil compromis entraîne, comme nous l'avons précédemment exposé, la renonciation à l'accès aux juridictions étatiques (voy. *supra*, § 2, B., ii.). Dès lors que la disposition précitée autorise également les parties à conclure des conventions d'arbitrage préalablement à la naissance du litige, la clause compromissoire entraîne par conséquent une renonciation *a priori* au droit d'accès à un tribunal²⁵⁷. Ceci a, par ailleurs, récemment été confirmé par la Cour²⁵⁸.

Deux remarques s'imposent ici. En premier lieu, il convient de préciser que la clause compromissoire n'emporte qu'une renonciation *initiale*, et non *totale*, au droit d'accès à un tribunal²⁵⁹. En effet, quoique les parties décident, avant la naissance du litige, d'exclure l'accès aux tribunaux ordinaires en privilégiant la voie de l'arbitrage, elles ne peuvent écarter complètement, et pour l'avenir, l'intervention du juge étatique. En effet, ce dernier est compétent pour connaître d'un éventuel recours en annulation de la sentence arbitrale²⁶⁰, certes dans les cas énumérés limitativement par la loi²⁶¹, et ce

²⁵⁵ P. FRUMER, *op. cit.*, p. 117 *ab initio*, n° 158. ; Voy. pour une confirmation récente en France : J. ARROYO, *op. cit.*, p. 138, n° 219.

²⁵⁶ O. CAPRASSE, « Introduction au nouveau droit belge de l'arbitrage », *Actualités en droit judiciaire*, sous la direction de H. Boularbah et F. Georges, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 408, n° 37.

²⁵⁷ P. GILLIAUX, *op. cit.*, pp. 77 et 927 *in fine*.

²⁵⁸ Cf. au sujet des clauses compromissoires : Cour eur. D.H., arrêt *Tabbane c. Suisse* du 1^{er} mars 2016, www.echr.coe.int., §§ 25 *in fine*, 27 et 29 : « (...) Le requérant a expressément et librement renoncé à la possibilité de soumettre les litiges pouvant potentiellement surgir à l'avenir à un tribunal ordinaire qui lui aurait offert l'ensemble des garanties de l'article 6 de la Convention ». C'est nous qui soulignons.

²⁵⁹ Comp. avec P. FRUMER, *op. cit.*, p. 118, n° 160 : « (...) La renonciation à la compétence des juridictions étatiques peut n'être que temporaire, dès lors que l'arbitrage est souvent soumis au contrôle ultérieur d'une juridiction étatique ». C'est nous qui soulignons.

²⁶⁰ Voy. Art. 1717, § 2 du Code judiciaire, lequel prévoit que « la sentence arbitrale ne peut être attaquée que devant le tribunal de première instance (...) ».

²⁶¹ Cf. Art. 1717, § 3 du Code judiciaire.

recours ne peut faire l'objet d'une renonciation, ni par avance, ni dans le cadre de l'instance arbitrale²⁶².

La seule exception à ce principe est tirée de l'article 1718 du Code judiciaire, lequel vise l'hypothèse d'un arbitrage international se déroulant en Belgique, lorsque les parties n'ont aucun lien de rattachement avec notre pays²⁶³. Il s'agit-là du seul cas où les parties peuvent, par avance, renoncer à introduire un recours en annulation contre la sentence arbitrale²⁶⁴. Si tel est le cas, les parties excluent alors non seulement l'accès initial au juge, mais également toute intervention ultérieure, en Belgique, du tribunal de première instance par la voie du recours en annulation²⁶⁵.

La seconde remarque tient à ce que la conclusion d'une convention d'arbitrage, notamment avant la naissance-même d'un litige, « implique nécessairement l'abandon de garanties procédurales, en tous cas secondaires »²⁶⁶. C'est bien le cas au regard de la garantie de publicité des audiences (ii.). Nous verrons toutefois que le même raisonnement ne peut s'appliquer à la garantie d'impartialité des arbitres (iii.).

²⁶² G.-A. DAL et G. KEUTGEN, « Les voies de recours contre la sentence arbitrale », *L'arbitrage en droit belge et international. I, Le droit belge*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 554, n° 696. ; M. DAL, « Le recours contre les sentences arbitrales en droit belge », *L'arbitre et le juge étatique : études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia*, sous la direction de A. Saletti, J. van Compernelle et J.-F. van Drooghenbroeck, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 365. Comme l'exposent ces auteurs, les parties ne sauraient renoncer à se prévaloir de nullités dont elles n'ont pas connaissance.

²⁶³ L'article 1718 du Code judiciaire considère qu'il y a absence de lien de rattachement lorsqu'aucune des parties « (...) n'est soit une personne physique ayant la nationalité belge ou son domicile ou sa résidence habituelle en Belgique, soit une personne morale ayant en Belgique, son siège statutaire, son principal établissement ou une succursale ». ; Voy. G.-A. DAL et G. KEUTGEN, *op. cit.*, p. 556, n° 699. ; M. DAL, « Le recours contre les sentences arbitrales en droit belge », *op. cit.*, p. 365.

²⁶⁴ G.-A. DAL et G. KEUTGEN, *op. cit.*, p. 556, n° 698. ; Voy. pour un arrêt admettant la conformité des clauses par lesquelles les parties renoncent par avance à introduire un recours en annulation contre la sentence arbitrale : Cour eur. D.H., arrêt *Tabbane c. Suisse* du 1^{er} mars 2016, www.echr.coe.int, § 36.

²⁶⁵ Il n'en est toutefois pas ainsi lorsque les parties s'entendent à renoncer à invoquer l'annulation de la sentence arbitrale *dans certains cas seulement*. Voy. G.-A. DAL et G. KEUTGEN, *op. cit.*, p. 556, n° 698 *in fine*.

²⁶⁶ P. GILLIAUX, *op. cit.*, p. 930 *in fine* et 931 *ab initio*.

ii. La garantie de publicité

A l'instar du compromis arbitral, la clause compromissoire implique que les parties s'accordent, ici par avance, au déroulement des débats en toute confidentialité, ce qui se traduit en une renonciation par avance à la garantie de publicité des audiences²⁶⁷.

iii. La garantie d'impartialité ?

Enfin, peut-on soutenir que dès lors que les parties expriment librement leur volonté de recourir à l'arbitrage avant la naissance du litige, celles-ci ne pourraient, par voie de conséquence, point invoquer le droit de se plaindre ultérieurement de la partialité dans le chef d'arbitres qu'elles ont elles-mêmes désigné²⁶⁸ ? Il n'y a lieu de défendre pareille position. En effet, il est difficile d'admettre que des parties ayant conclu une convention d'arbitrage préalablement à la naissance d'un litige, se doivent de renoncer par avance à la garantie d'impartialité des arbitres, alors-même que leur identité est inconnue au moment de l'insertion d'une clause compromissoire dans la convention²⁶⁹. Il est ainsi généralement admis que la seule conclusion d'une convention d'arbitrage, ici avant même qu'un litige soit né, n'emporte pas la renonciation par avance au droit d'être jugé par des arbitres présentant toutes les garanties d'impartialité²⁷⁰.

En revanche, une partie qui, au cours de l'instance arbitrale, prend connaissance d'une cause de récusation, mais reste en défaut d'invoquer en temps utile le grief de partialité, sera alors censée avoir renoncé à l'impartialité des arbitres²⁷¹.

²⁶⁷ P. FRUMER, *op. cit.*, p. 118, n° 160. ; P. GILLIAUX, *op. cit.*, p. 931. ; P. LAMBERT, « Les procédures d'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1288, n° 7. ; *Adde* en France J. ARROYO, *op. cit.*, p. 139, n° 221 *ab initio*.

²⁶⁸ P. LAMBERT, « Les procédures d'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1286, n° 5.

²⁶⁹ En ce sens : P. LAMBERT, « Les procédures d'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme », *ibidem*, p. 1287, n° 5. ; *Adde* P. FRUMER, *op. cit.*, p. 119, n° 161.

²⁷⁰ P. FRUMER, *op. cit.*, pp. 119, n° 161 et 120, n° 162 *in fine*. ; *Adde* en France J. ARROYO, *op. cit.*, p. 139 *ab initio*, n° 220.

²⁷¹ M. DAL, « Le recours contre les sentences arbitrales en droit belge », *op. cit.*, pp. 359 *ab initio*. ; P. FRUMER, *op. cit.*, p. 119, n° 161 *in fine*. ; *Adde* Art. 1679 j. 1687, § 2, a) du Code judiciaire, ce-dernier article prévoyant que le grief de partialité doit être invoqué « dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle la partie récusante a eu connaissance de la constitution du tribunal arbitral ou de la date à laquelle elle a eu connaissance des circonstances visées à l'article 1686, § 2 ».

Somme toute, il appert que la conclusion d'une convention d'arbitrage avant la naissance d'un litige ne peut entraîner une renonciation par avance à *l'ensemble* des garanties du procès équitable. Quoique la conclusion de pareille convention implique une renonciation à l'accès aux juridictions étatiques – du moins initialement et à l'exception de l'article 1718 du Code judiciaire – ceci n'entraîne toutefois pas une renonciation *a priori* à l'ensemble des garanties du procès équitable devant les juridictions arbitrales. Aussi, s'il est admis que les parties à la convention d'arbitrage renoncent à la publicité des audiences, pour le reste, une telle clause n'implique guère une renonciation par avance à la garantie d'impartialité des arbitres, dès lors qu'« (...) il n'est pas concevable que le recours à l'arbitrage, (...) puisse emporter un consentement à des *violations graves*, en cours de procédure, des *garanties essentielles* du droit à un procès équitable »²⁷². C'est à ce dernier élément, portant sur la prohibition de consentir par avance à d'éventuelles violations du procès équitable, que nous consacrons les développements présentés à la suite de ces quelques lignes.

B. La seconde balise : La défense de consentir par avance à d'éventuelles violations des garanties du procès équitable

L'on cherchera, dans un premier temps, à déterminer s'il est possible de renoncer par avance à l'exercice des voies de recours (i.), avant de soulever la même question au regard du recours en annulation contre la sentence arbitrale (ii.). Nous illustrerons nos propos, dans chacun des cas, au moyen de la garantie de l'obligation de motivation.

i. *La renonciation par avance à l'exercice des voies de recours*

Commençons par une remarque des plus opportunes ; L'article 6, § 1^{er} de la Convention ne mentionne nulle part l'existence d'un droit au double degré de juridiction²⁷³. Ce principe n'est guère davantage consacré dans la Constitution, pas

²⁷² P. GILLIAUX, *op. cit.*, p. 931. C'est nous qui soulignons.

²⁷³ G. CLOSSET-MARCHAL, « Examen de jurisprudence (2000-2015) – Droit judiciaire privé – Principes généraux du Code judiciaire », *R.C.J.B.*, 2017/1, p. 163, n° 120. ; G. CLOSSET-MARCHAL, *La compétence en droit judiciaire privé – Aspects de procédure*, *op. cit.*, p. 362, n° 471 *ab initio*. ; G. CLOSSET-MARCHAL et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Les voies de recours en droit judiciaire privé*, Bruxelles, Bruylant, p. 9, n° 11 *ab initio*. ; Voy. pour une confirmation jurisprudentielle : Cour eur. D.H., arrêt *Boulougouras c. Grèce* du 27 mai 2004, www.echr.coe.int, § 22.

plus qu'il ne constitue un principe général de droit²⁷⁴. Par conséquent, il est communément admis qu'un justiciable peut y renoncer²⁷⁵.

Nous proposons de distinguer tout d'abord les deux temps de la renonciation au double degré de juridiction (a.). Ceci nous permettra de déterminer si une renonciation *a priori* au droit d'appel est envisageable. L'on illustrera ensuite notre propos au moyen du défaut de motivation du juge (b.). Enfin, l'on cherchera à établir un parallèle avec la théorie de l'appel-nullité (c.), avant d'en évaluer la pertinence au regard de l'étude de la renonciation *a priori* (d.).

a. L'élément-clé : Le prononcé du jugement

L'article 1044, alinéa premier du Code judiciaire envisage expressément ce premier temps de la renonciation, lequel définit l'acquiescement comme la « *renonciation par une partie à l'exercice des voies de recours dont elle pourrait user ou qu'elle a déjà formées contre toutes ou certaines des dispositions de cette décision* »²⁷⁶. L'élément-clé se situe donc dans l'existence d'un jugement au premier degré, en l'absence duquel la renonciation est inopérante²⁷⁷. C'est, en effet, une fois le jugement de première instance rendu que naît le droit d'exercer une voie de recours²⁷⁸.

Pourtant, la question a déjà pu être soulevée au regard de la renonciation anticipée au droit d'appel par la voie de clauses dites d'« appellabilité »²⁷⁹. L'on entend par là des clauses insérées dans une convention par laquelle les parties s'accordent à renoncer à

²⁷⁴ G. CLOSSET-MARCHAL, « Examen de jurisprudence (2000-2015) – Droit judiciaire privé – Principes généraux du Code judiciaire », *op. cit.*, p. 163, n° 120 *ab initio*. ; G. CLOSSET-MARCHAL et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 9, n° 11 *ab initio*.

²⁷⁵ K. BROECKX, *Het recht op hoger beroep en het beginsel van de dubbele aanleg in het civiele geding*, Anvers, Maklu, 1995, p. 323, n° 718 *ab initio*. ; G. CLOSSET-MARCHAL et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 9, n° 11.

²⁷⁶ C'est nous qui soulignons.

²⁷⁷ En ce sens : G. CLOSSET-MARCHAL, *La compétence en droit judiciaire privé – Aspects de procédure*, *op. cit.*, p. 366, n° 477. ; G. DE LEVAL, « Les voies de recours ordinaires », *Droit judiciaire : Manuel de procédure civile*, 2^e éd., sous la direction de G. de Leval, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 762, n° 8.10. ; J. LAENENS *et al.*, *Handboek gerechtelijk recht*, 4^e éd., Anvers, Intersentia, 2016, p. 687, n° 1574.

²⁷⁸ K. BROECKX, *op. cit.*, p. 338, n° 752 *in fine*.

²⁷⁹ Traduction du terme « appellabiliteitsclausule », repris de l'ouvrage de K. BROECKX, *ibidem*, p. 333, n° 741.

leur droit de faire appel d'une décision qui *pourrait* être rendue dans le cadre d'un *potentiel* litige²⁸⁰.

Toutefois parmi les éléments invoqués à l'appui d'une telle position²⁸¹, un argument en particulier attire toutefois notre attention. Parfois, l'on ose se lancer dans une analogie au sujet de la renonciation au droit d'appel, avec les conventions d'arbitrage²⁸². La récente réforme de l'arbitrage²⁸³ n'a pu que confirmer le principe repris à l'ancien article 1703, § 2 du Code judiciaire, lequel prévoit que la sentence arbitrale est en principe rendue en dernier ressort²⁸⁴. La règle désormais consacrée à l'article 1716 du Code judiciaire exclut la possibilité de faire appel de la sentence arbitrale pour les parties qui ne l'auraient pas expressément prévue dans leur convention, le cas échéant conclue avant la naissance d'un litige²⁸⁵. Ainsi, à défaut de prévoir le double degré de juridiction, les parties sont censées y avoir renoncé de manière implicite²⁸⁶. Ceci s'avère d'ailleurs être la règle en pratique, dès lors qu'il n'est pas coutume pour ces parties de prévoir la possibilité de faire appel de la sentence arbitrale²⁸⁷. De ce fait, si les parties à l'arbitrage renoncent par avance à l'exercice du double degré de juridiction, certes implicitement et à défaut de l'avoir prévu dans une convention conclue avant la naissance d'un litige, les parties à un potentiel litige devant le juge étatique devraient pouvoir en faire de même, expressément, dans une convention²⁸⁸.

²⁸⁰ K. BROECKX, *op. cit.*, p. 333, n° 741.

²⁸¹ Voy. K. BROECKX, *ibidem*, pp. 333, n° 742 à 334, n° 744.

²⁸² K. BROECKX, *ibidem*, p. 333, n° 743. ; *Adde* pour une réfutation de cette analogie : CLOSSET-MARCHAL et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 9, n° 11.

²⁸³ Loi du 24 juin 2013 modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, *M.B.*, 28 juin 2013. ; Cons. notamment au sujet de la réforme : O. CAPRASSE, « Introduction au nouveau droit belge de l'arbitrage », *op. cit.*, pp. 401 à 426. ; M. DAL, « La nouvelle loi sur l'arbitrage », *J.T.*, 2013/40, liv. 6542, pp. 785 à 795. ; L. DEMEYERE et H. VERBIST, « De nieuwe Belgische arbitragewet van 24 juni 2013 », *R.W.*, 2014-2015/3, pp. 83 à 107. ; G. KEUTGEN, « La réforme 2013 du droit belge de l'arbitrage », *R.D.I.D.C.*, 2014/1, pp. 65 à 112.

²⁸⁴ M. DAL, « La nouvelle loi sur l'arbitrage », *op. cit.*, p. 793, n° 7.

²⁸⁵ G.-A. DAL et G. KEUTGEN, *op. cit.*, p. 529, n° 639.

²⁸⁶ G. CLOSSET-MARCHAL, « Les garanties du procès équitable en droit judiciaire privé », *op. cit.*, p. 683, n° 14.

²⁸⁷ O. CAPRASSE, « Introduction au nouveau droit belge de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 423, n° 105 *ab initio*. ; *Adde* G.-A. DAL et G. KEUTGEN, *op. cit.*, p. 530, n° 642, où les auteurs admettent que l'appel de la sentence arbitrale est rarement prévu en pratique et que certains règlements l'excluent même expressément. Voy. pour exemple en Belgique les articles 32.1 et 32.2 du règlement du CEPANI.

²⁸⁸ K. BROECKX, *op. cit.*, p. 333 *in fine* et 334 *ab initio*, n° 743.

Nonobstant, pareille analogie semble inopérante, d'abord en raison du caractère volontaire de l'arbitrage²⁸⁹. En effet, contrairement aux juridictions étatiques où les parties ne peuvent prévoir devant quel juge elles seront amenées à comparaître, les parties à l'arbitrage désignent souvent elles-mêmes leurs arbitres, qu'elles investissent de leur confiance pour la résolution du litige²⁹⁰. De surcroît, les parties à l'arbitrage peuvent toujours introduire un recours en annulation devant les juridictions étatiques, à supposer que la sentence soit entachée de vices graves²⁹¹.

Ce dernier élément illustre assez logiquement la raison pour laquelle il est habituellement admis qu'il serait impossible pour les parties de renoncer par avance à l'exercice des voies de recours à l'égard d'une décision qui n'a pas encore été rendue en première instance²⁹². Etant donné le caractère irrévocable de la renonciation²⁹³, du moins en principe, il serait impossible pour une partie de revenir sur sa décision de ne guère introduire de recours, même lorsqu'il appert par la suite que le jugement de première instance est entaché d'irrégularités graves que ladite partie n'aurait point pu prévoir par avance, par exemple un défaut d'impartialité dans le chef du juge ou encore une violation du contradictoire²⁹⁴.

A la lumière de ces considérations, et en particulier la prohibition de consentir par avance à des irrégularités graves, nous sommes amenés à conclure que la renonciation *a priori* au double degré de juridiction, et ce alors que les parties n'ont aucune idée de l'issue du jugement en première instance, est en règle prohibée²⁹⁵. Très vite, l'on

²⁸⁹ G. CLOSSET-MARCHAL, « Les garanties du procès équitable en droit judiciaire privé », *op. cit.*, p. 683, n° 14 *in fine*. ; CLOSSET-MARCHAL et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 9, n° 11.

²⁹⁰ G. CLOSSET-MARCHAL, « Les garanties du procès équitable en droit judiciaire privé », *op. cit.*, p. 683, n° 14 *in fine*. ; CLOSSET-MARCHAL et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 9, n° 11.

²⁹¹ CLOSSET-MARCHAL et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *ibidem*, p. 9, n° 11.

²⁹² En ce sens : G. CLOSSET-MARCHAL, *La compétence en droit judiciaire privé – Aspects de procédure*, *op. cit.*, p. 366, n° 477. ; G. CLOSSET-MARCHAL et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 9, n° 11. ; G. DE LEVAL, « Les voies de recours ordinaires », *op. cit.*, pp. 762 *in fine* et 763 *ab initio*, n° 8.10. ; J. LAENENS *et al.*, *op. cit.*, p. 687, n° 1574.

²⁹³ L'acquiescement a, en principe, un caractère *irrévocable*, sauf une exception, laquelle autorise encore un appel incident (*cf.* art. 1054 du Code judiciaire) : Voy. à ce sujet J. LAENENS *et al.*, *op. cit.*, p. 688, n° 1575.

²⁹⁴ G. CLOSSET-MARCHAL, *La compétence en droit judiciaire privé – Aspects de procédure*, *op. cit.*, pp. 366 et 367, n° 477. ; G. CLOSSET-MARCHAL, « Les garanties du procès équitable en droit judiciaire privé », *op. cit.*, p. 683, n° 14. ; CLOSSET-MARCHAL et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 9, n° 11.

²⁹⁵ Telle est en outre la position suivie en France : *Cf.* Art. 557 du nouveau Code de procédure civile, lequel prévoit expressément que « la renonciation à l'appel ne peut être antérieure à la naissance du litige ». C'est nous qui soulignons.

cherchera toutefois à déterminer si l'on peut citer parmi ces irrégularités la violation, par le juge, de son obligation de motivation.

b. Le défaut de motivation : Une irrégularité grave ?

L'obligation de motivation constitue une garantie procédurale fondamentale²⁹⁶, de sorte que « le droit à un procès équitable exige, *en règle*, que les jugements soient motivés »²⁹⁷. La motivation du jugement comprend plusieurs exigences pour le juge²⁹⁸, notamment une « réponse aux moyens régulièrement soumis (...) par les conclusions écrites des parties »²⁹⁹. A la lecture de la motivation de la décision, le justiciable doit pouvoir s'assurer, entre autres, du respect du contradictoire³⁰⁰ ou de l'impartialité du juge³⁰¹. De surcroît, au même moment, la partie succombante pourra examiner la pertinence d'introduire ou non une voie de recours contre ladite décision

302

Si l'on raisonne *a contrario*, cela signifie qu'avant le prononcé du jugement, les parties ne sont pas en mesure d'anticiper le contenu de la motivation du juge. Aussi ne serait-il pas envisageable qu'elles renoncent par avance à l'exercice d'une voie de

²⁹⁶ G. DE MAESENEIRE, « Motivering rechterlijke beslissingen », *N.j.W.*, 2007, p. 194, n° 1 *in fine*. ; A. HOC, « Principe de la contradiction, obligation de motivation et appel-nullité », *J.T.*, 2014/32, n° 6576, p. 615, n° 12. ; Cons. au regard de l'obligation de motivation comme garantie du procès équitable : F. KUTY, « L'obligation de motivation des décisions judiciaires au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.*, 1998, pp. 843 à 852. ; P. LEMMENS, « De motivering van rechterlijke beslissingen als element van het eerlijk proces », *Liber amicorum Ludovic De Gryse*, sous la direction de B. Dauwe *et al.*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 575 à 584. ; Voy. pour exemple : Cour eur. D.H., arrêt *H. c. Belgique* du 30 novembre 1987, www.echr.coe.int, § 53. ; Il s'agit par ailleurs d'un principe constitutionnel, voy. art. 149 de la Constitution *j.* art. 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits et libertés fondamentales.

²⁹⁷ R. ERGEC et J. VELU, *op. cit.*, p. 510, n° 478 *ab initio*. C'est nous qui soulignons.

²⁹⁸ Cf. pour un aperçu des différentes exigences de l'obligation de motivation : G. DE MAESENEIRE, *op. cit.*, pp. 194 à 196. ; P. LEMMENS, « De motivering van rechterlijke beslissingen als element van het eerlijk proces », *op. cit.*, pp. 578, n° 6 à 584, n° 15.

²⁹⁹ G. DE LEVAL, « Le jugement », *Droit judiciaire : Manuel de procédure civile*, 2^e éd., sous la direction de G. de Leval, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 639, n° 7.15. ; G. DE MAESENEIRE, *op. cit.*, p. 194, n° 3 *ab initio*.

³⁰⁰ P. LEMMENS, « De motivering van rechterlijke beslissingen als element van het eerlijk proces », *op. cit.*, p. 577, n° 2. : « Voorts wordt door een gemotiveerde beslissing aan de partijen getoond dat zij *gehoord* werden ». C'est nous qui soulignons.

³⁰¹ G. CLOSSET-MARCHAL, « Examen de jurisprudence (2000-2015) – Droit judiciaire privé – Principes généraux du Code judiciaire », *op. cit.*, p. 153, n° 109.

³⁰² F. KUTY, *op. cit.*, p. 847, n° 4. Ainsi, la motivation « (...) met obstacle à ce que le juge puisse soustraire sa décision au *contrôle des juges d'appel* et de la Cour de cassation (...) ». C'est nous qui soulignons. ; En ce sens : P. LEMMENS, « De motivering van rechterlijke beslissingen als element van het eerlijk proces », *op. cit.*, pp. 577, n° 3 et 579, n° 7.

recours, dès lors qu'elles ne peuvent prévoir s'il y aura lieu de faire appel d'une décision qui n'est pas motivée³⁰³. Soutenir le contraire viendrait à autoriser le justiciable à consentir par avance à une irrégularité – par exemple, le défaut de motivation³⁰⁴ – dont il ne peut connaître l'existence avant le prononcé du jugement.

La question se pose toutefois de déterminer la mesure dans laquelle le défaut de motivation constitue une irrégularité grave. Illustrons ce propos par le biais d'un parallèle avec la théorie de l'« appel-nullité », ou encore « appel-restauré »³⁰⁵ (ci-après, l'« appel-nullité »), dont nous exposons les grandes lignes ci-après.

c. Le parallèle avec la théorie de l'appel-nullité

Le principe est celui de l'ouverture de la voie d'appel, excepté lorsque la loi prévoit expressément que les voies de recours demeurent fermées³⁰⁶. Ceci vaut sous réserve d'une exception, d'origine prétorienne et française³⁰⁷, baptisée « appel-nullité », laquelle autorise, dans de rares cas, l'ouverture d'un recours expressément fermé par la loi, « lorsqu'une irrégularité grave affecte le premier jugement »³⁰⁸. Cette théorie connaissait jusqu'il y a peu une application limitée en Belgique, dans le contexte

³⁰³ L'on distingue le « défaut de motivation » de la « motivation inadéquate » : voy. F. KUTY, *op. cit.*, p. 850, n° 9. ; L'on entend par une décision qui ne serait pas correctement motivée, l'hypothèse dans laquelle la motivation n'est pas suffisamment *claire et précise*, de sorte que la partie succombante ne puisse, en connaissance de cause, introduire une voie de recours contre ladite décision. Voy. P. LEMMENS, « De motivering van rechterlijke beslissingen als element van het eerlijk proces », *op. cit.*, p. 579, n° 7.

³⁰⁴ Voy. à ce sujet : G. DE MAESENEIRE, *op. cit.*, pp. 194, n° 3 à 195, n° 5. Il en est ainsi en l'absence de réponse du juge à un moyen soumis par une partie. *Adde* F. KUTY, *op. cit.*, p. 851, n° 11.

³⁰⁵ Cons. à ce sujet, notamment: G. CLOSSET-MARCHAL, *La compétence en droit judiciaire privé – Aspects de procédure*, *op. cit.*, pp. 423 et 424, n° 567 et 568. ; A. HOC, « L'appel-nullité à la croisée des chemins », *J.T.*, 2016/14, liv. 6642, pp. 218-222. ; A. HOC, « L'appel restauré et ses fondements : droit naturel ou droits fondamentaux ? », *Human Rights as a Basis for reevaluating and reconstructing the law*, sous la direction de A. Hoc, G. Willems et S. Wattier, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 245 à 263. ; A. HOC, « Principe de la contradiction, obligation de motivation et appel-nullité », *op. cit.*, pp. 613-617. ; A. HOC, « Remplacement du curateur de faillite, violation des droits de la défense et appel-nullité », note sous Liège, 28 novembre 2013, *J.T.*, 2014/2, n° 6546, p. 29.

³⁰⁶ Cf. Art. 20 j. 616 du Code judiciaire. ; Voy. également G. CLOSSET-MARCHAL, *La compétence en droit judiciaire privé – Aspects de procédure*, *op. cit.*, p. 363, n° 472. ; G. CLOSSET-MARCHAL, « Examen de jurisprudence (2000-2015) – Droit judiciaire privé – Principes généraux du Code judiciaire », *op. cit.*, p. 158, n° 114. ; A. HOC, « L'appel restauré et ses fondements : droit naturel ou droits fondamentaux ? », *op. cit.*, p. 245, n° 1 *ab initio*.

³⁰⁷ A. HOC, « L'appel restauré et ses fondements : droit naturel ou droits fondamentaux ? », *ibidem*, p. 246, n° 2 *ab initio*. ; G. CLOSSET-MARCHAL, *La compétence en droit judiciaire privé – Aspects de procédure*, *op. cit.*, p. 423, n° 567.

³⁰⁸ A. HOC, « L'appel-nullité à la croisée des chemins », *op. cit.*, p. 218, n° 1 *ab initio*. ; *Adde* G. CLOSSET-MARCHAL, *La compétence en droit judiciaire privé – Aspects de procédure*, *op. cit.*, p. 423, n° 567.

particulier de l'exécution provisoire³⁰⁹, quoique la réforme du Code judiciaire (la loi dite « Pot-pourri » I)³¹⁰ et la généralisation de l'exécution provisoire semblent avoir marqué la mise en mouvement de son extension au-delà des frontières initiales³¹¹.

Certes, il n'est guère opportun de balayer (en détails) les recoins de cette théorie, mais nous oserons ici quelques renvois aux contributions en la matière³¹². En effet, il suffira simplement de préciser que la technique de la restauration de l'appel a bien été confirmée par la Cour de cassation dans deux arrêts de principe³¹³, lesquels exposent trois hypothèses autorisant l'ouverture d'un recours, quoiqu'expressément exclu par la loi³¹⁴. L'une d'entre-elles préconise la restauration de l'appel lorsqu'il appert que le premier jugement bafoue les droits de la défense³¹⁵. Le champ d'application potentiellement vaste de cette notion a contraint la Cour de cassation à la circonscrire d'emblée, afin d'éviter que quelconque irrégularité procédurale puisse être rétablie en appel sous le couvert de la violation des droits de la défense³¹⁶. De fait, un « défaut de motivation ne constitue pas, selon la Cour de cassation, un cas d'ouverture de l'appel-nullité (...) »³¹⁷, quoique la restauration de l'appel soit effectivement admise en cas de violation du contradictoire³¹⁸.

³⁰⁹ Voy. Art. 1402 du Code judiciaire, lequel énonce que « les juges d'appel ne peuvent en aucun cas, à peine de nullité, interdire l'exécution des jugements ou y faire surseoir ».

³¹⁰ Loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice, *M.B.*, 22 octobre 2015.

³¹¹ A. HOC, « L'appel-nullité à la croisée des chemins », *op. cit.*, p. 218, n° 4. ; A. HOC, « L'appel restauré et ses fondements : droit naturel ou droits fondamentaux ? », *op. cit.*, pp. 249 à 251, n° 4 et 5. ; Voy. par exemple : Liège (7^e ch.), 28 novembre 2013, *J.T.*, 2014/2, liv. 6546, p. 27.

³¹² Voy. les références *supra*, note n° 305.

³¹³ Cass. (1^{ère} ch.), 1^{er} avril 2004, *Pas.* 2004, liv. 4, p. 557 et Cass. (1^{ère} ch.), 1^{er} juin 2006, *Pas.* 2006, liv. 5 – 6, p. 1262.

³¹⁴ A. HOC, « L'appel-nullité à la croisée des chemins », *op. cit.*, p. 219 *ab initio*, n° 5 *in fine*. ; A. HOC, « L'appel restauré et ses fondements : droit naturel ou droits fondamentaux ? », *op. cit.*, pp. 248 *in fine* et 249 *ab initio*, n° 3.

³¹⁵ A. HOC, « L'appel-nullité à la croisée des chemins », *op. cit.*, p. 219 *ab initio*, n° 5 *in fine*. ; A. HOC, « L'appel restauré et ses fondements : droit naturel ou droits fondamentaux ? », *op. cit.*, pp. 248 *in fine* et 249 *ab initio*, n° 3. ; Voy. par exemple : Liège (7^e ch.), 28 novembre 2013, *J.T.*, 2014/2, liv. 6546, p. 27.

³¹⁶ A. HOC, « L'appel-nullité à la croisée des chemins », *op. cit.*, pp. 219 et 220, n° 11 à 16. L'auteur expose la tendance des juridictions du fond à s'écarter de la typologie énoncée par la Cour de cassation, afin d'admettre qu'un défaut de motivation équivaldrait à une violation des droits de la défense, de sorte que l'appel puisse néanmoins être restauré. Voy. pour exemple : Civ. Bruxelles (16^e ch.), 9 juillet 2014, *J.T.*, 2014/32, liv. 6576, p. 622. ; Civ. Bruxelles (1^{re} ch.), 20 janvier 2016, *J.T.*, 2016/14, liv. 6642, p. 223. ; Civ. Liège (2^e ch.), 8 janvier 2016, *J.T.*, 2016/14, liv. 6642, p. 224.

³¹⁷ A. HOC, « L'appel-nullité à la croisée des chemins », *op. cit.*, p. 220, n° 16. *Adde* Cass. (1^{ère} ch.), 1^{er} juin 2006, n° 302, *Pas.*, p. 1262.

³¹⁸ A. HOC, « Principe de la contradiction, obligation de motivation et appel-nullité », *op. cit.*, p. 614, n° 5. « (...) Les droits de la défense incluent, sans s'y résumer totalement, le principe de la contradiction ».

Ces quelques lignes nous amènent au constat suivant : L'éclairante illustration de l'appel-nullité témoigne des conséquences distinctes attachées d'une part, à la violation de l'obligation de motivation et d'autre part, à la violation du contradictoire, lorsqu'il s'agit de restaurer l'appel expressément exclu par la loi. Ainsi, s'il n'est plus permis de douter que l'obligation de motivation, en ce qu'elle assure l'administration d'une bonne justice³¹⁹, s'érige au rang des garanties du procès équitable, il n'empêche que sa violation n'est point susceptible, à elle seule, de rendre la procédure inéquitable³²⁰, et que, par voie de conséquence, pareille obligation « (...) ne participe pas à l'essence du procès »³²¹, contrairement au principe du contradictoire³²².

Dès lors qu'il appert que la violation de l'obligation de motivation n'atteint guère le seuil de gravité suffisant pour justifier la restauration de l'appel, peut-être doit-il en découler que la règle selon laquelle les parties ne peuvent renoncer par avance à exercer une voie de recours, pour le cas de vices graves affectant le jugement, ne s'appliquerait pas forcément lorsque l'irrégularité en question porte sur le défaut de motivation du juge. Saluant ces propos tout en restant prudents, nous osons toutefois l'affirmation selon laquelle des parties pourraient exclure conventionnellement l'exercice d'une voie de recours pour le cas d'un défaut de motivation du juge, dès lors qu'elles ne seraient pas censées consentir par avance à une irrégularité grave.

L'on se réservera pourtant d'en tirer une conclusion trop hâtive, notamment au regard de la solution préconisée en matière d'arbitrage, où les parties ne peuvent – sous réserve toutefois d'une exception – renoncer par avance à introduire un recours en annulation pour le cas d'un défaut de motivation de l'arbitre³²³. Développons ces propos ci-dessous.

³¹⁹ A. HOC, « Principe de la contradiction, obligation de motivation et appel-nullité », *op. cit.*, p. 617, n° 18. ; J. VAN COMPERNOLLE, « L'incidence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur l'administration de la justice : Le droit à un procès équitable », *op. cit.*, p. 78, n° 22 *in fine*.

³²⁰ F. KUTY, *op. cit.*, p. 852, n° 13. ; Comp. P. LEMMENS, « De motivering van rechterlijke beslissingen als element van het eerlijk proces », *op. cit.*, p. 575 *in fine*, n° 1.

³²¹ A. HOC, « L'appel-nullité à la croisée des chemins », *op. cit.*, p. 220, n° 16.

³²² A. HOC, « Principe de la contradiction, obligation de motivation et appel-nullité », *op. cit.*, p. 617, n° 19.

³²³ J. VAN COMPERNOLLE, « L'annulation de la sentence arbitrale pour défaut de motivation en droit belge », *L'arbitre et le juge étatique*, sous la direction de A. Saletti, J. van Compernelle et J.-F. van Drooghenbroeck, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 368, n° 2 *in fine*. La motivation de la sentence arbitrale se présente ainsi comme une « règle d'ordre public interne à laquelle les parties ne peuvent pas déroger ». C'est nous qui soulignons.

ii. *La renonciation par avance à introduire un recours en annulation de la sentence arbitrale*

Nous proposons ici également d'illustrer notre propos au regard de la violation de l'obligation de motivation, toutefois dans le chef de l'arbitre. Si l'élément-clé attestant de la validité de la renonciation réside en principe dans le moment du prononcé de la sentence (a.), il appert qu'une exception n'exclut guère l'exercice de la renonciation *a priori* (b.).

a. L'élément-clé : Le prononcé de la sentence arbitrale

L'article 1713, § 4 du Code judiciaire énonce que « la sentence arbitrale est motivée ». De surcroît, le défaut de motivation figure parmi les causes d'annulation de la sentence³²⁴. Or, il semblerait que les parties ne peuvent exclure, ni par avance, ni au cours de la procédure arbitrale, le recours en annulation de la sentence, dès lors qu'elles ne pourraient renoncer à invoquer des nullités dont elles n'ont pas encore connaissance³²⁵. Puisque les parties ne peuvent prendre connaissance de la motivation qu'au moment où la sentence est prononcée³²⁶, elles ne pourraient auparavant exclure l'introduction d'un recours en annulation, par exemple pour le cas d'un défaut de motivation. Par conséquent, ce n'est qu'une fois la sentence rendue que les parties, quoiqu'en ayant connaissance du défaut de motivation lié à cette sentence, pourront néanmoins y « acquiescer »³²⁷.

³²⁴ Cf. Art. 1717, § 3, a), iv du Code judiciaire.

³²⁵ G.-A. DAL et G. KEUTGEN, *op. cit.*, p. 554, n° 696. ; M. DAL, « Le recours contre les sentences arbitrales en droit belge », *op. cit.*, p. 365.

³²⁶ G. KEUTGEN, *op. cit.*, p. 104. Dès lors que le défaut de motivation ne peut être connu qu'une fois la sentence arbitrale rendue, le principe, visé à l'art. 1679 du Code judiciaire, selon lequel une partie qui s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité est censée y avoir renoncé, ne concerne s'applique pas. Comp. avec l'art. 1717, § 5 du Code judiciaire, lequel prévoit, sans citer le défaut de motivation, que « ne sont pas retenues comme causes d'annulation de la sentence arbitrale les cas prévus au § 3, a), i., ii., iii. et v., lorsque la partie qui s'en prévaut en a eu connaissance au cours de la procédure arbitrale et ne les a pas alors invoquées ».

³²⁷ G.-A. DAL et G. KEUTGEN, *op. cit.*, p. 531 *in fine*, n° 644. ; M. DAL, « Le recours contre les sentences arbitrales en droit belge », *op. cit.*, p. 365 *in fine*. L'auteur précise encore que la possibilité de renoncer, une fois la sentence rendue, à introduire un recours en annulation pour violation d'une *règle d'ordre public* n'est toutefois pas admissible.

b. L'exception tirée de l'arbitrage international en Belgique

Pareille règle vaut toutefois à l'exception de l'article 1718 précité du Code judiciaire, lequel prévoit, nous le savons désormais, la possibilité d'une telle renonciation anticipée lorsque les parties à un arbitrage international se déroulant en Belgique, n'ont aucun lien de rattachement avec notre pays³²⁸. Aussi, ces parties pourraient-elles notamment s'entendre, par une volonté expresse et commune³²⁹, avant la naissance d'un litige, à ce que la sentence ne puisse être annulée pour défaut de motivation de l'arbitre³³⁰. La *ratio legis* d'une telle disposition s'explique par la volonté d'attirer des arbitrages internationaux en Belgique³³¹, indépendamment du prix à payer au regard de la violation de garanties du procès équitable. L'on peut légitimement douter de l'intérêt d'une telle disposition, laquelle reconnaît, sous le couvert d'arguments économiques, la validité de la renonciation, même pour le cas où la sentence ne serait pas motivée³³². Il appert pourtant que la Cour ait récemment admis la conformité de telles clauses, par lesquelles les parties renoncent par avance à invoquer la nullité de la sentence, avec l'article 6, § 1^{er} de la CESDH³³³.

Somme toute, au même titre que « les parties ne peuvent dispenser les arbitres de motiver la sentence »³³⁴, elles ne peuvent pas non plus renoncer à invoquer le défaut de motivation de la sentence arbitrale tant que cette dernière n'a pas été rendue, nonobstant l'exception prévue à l'article 1718 du Code judiciaire.

³²⁸ Voy. *supra*, note n° 263. ; *Adde* G. KEUTGEN, *op. cit.*, p. 105 *in fine*. La France semble même aller un pas plus loin, dès lors que les parties à un arbitrage international sont autorisées à tout moment de renoncer à se prévaloir de l'annulation de la sentence arbitrale, sans même requérir « (...) l'absence de lien avec la France ».

³²⁹ G.-A. DAL et G. KEUTGEN, *op. cit.*, p. 556, n° 698.

³³⁰ G.-A. DAL et G. KEUTGEN, *ibidem*, p. 556, n° 698. ; J. VAN COMPERNOLLE, « L'annulation de la sentence arbitrale pour défaut de motivation en droit belge », *op. cit.*, p. 369, n° 4 *in fine*.

³³¹ M. DAL, « Le recours contre les sentences arbitrales en droit belge », *op. cit.*, p. 365.

³³² M. DAL, « La nouvelle loi sur l'arbitrage », *op. cit.*, p. 785. L'objet de la réforme de la loi sur l'arbitrage en Belgique s'explique en grande partie par la volonté de faire de la Belgique « (...) un lieu attractif pour les arbitrages internationaux avec les retombées positives qui en résultent (...) en termes (...) d'incidences économiques et financières ». C'est nous qui soulignons.

³³³ Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Tabbane c. Suisse* du 1^{er} mars 2016, www.echr.coe.int, § 33. L'autorisation de telles clauses permettant de renoncer par avance à invoquer le recours en annulation « (...) reflète un choix de politique législative qui répond au souhait du législateur suisse d'augmenter l'attractivité et l'efficacité de l'arbitrage international en Suisse ». C'est nous qui soulignons.

³³⁴ G.-A. DAL et G. KEUTGEN, *op. cit.*, p. 540, n° 662. ; M. DAL, « De quelques causes – anciennes et nouvelles – d'annulation des sentences arbitrales », *b-Arbitra*, 2015/2, p. 396, n° 4.

C. Bilan de la renonciation à l'aveugle

Il appert ainsi que le critère de la naissance du litige ne permet guère d'exclure d'emblée la renonciation anticipée. Néanmoins, lorsque la renonciation intervient avant la naissance d'un quelconque litige, l'exercice de la volonté individuelle exige des balises supplémentaires. La renonciation *a priori* est tout d'abord admissible, à condition qu'elle n'implique qu'une renonciation partielle aux garanties procédurales fondamentales. Nous avons illustré cette première balise au moyen de la clause compromissaire. Quoique cette dernière entraîne certes une renonciation par avance à l'accès aux juridictions étatiques, elle n'implique toutefois qu'une renonciation partielle aux garanties procédurales fondamentales, par exemple à la publicité des audiences. La clause compromissaire n'implique toutefois pas une renonciation *a priori* à être jugé par des arbitres présentant toutes les garanties d'impartialité. La *ratio legis* réside précisément dans la prohibition pour les parties de consentir par avance « (...) à des *violations graves*, en cours de procédure, des *garanties essentielles* du droit à un procès équitable »³³⁵. La garantie d'impartialité étant de cet ordre, il ne pourrait être admis que les parties s'en affranchissent à l'aveugle.

Ceci nous a permis d'établir la seconde balise. Aussi, l'existence de potentielles irrégularités graves affectant le jugement justifie l'impossibilité de renoncer à l'exercice des voies de recours avant le prononcé dudit jugement. Ceci explique également pourquoi la renonciation à introduire un recours en annulation de la sentence arbitrale ne s'envisage qu'une fois ladite sentence rendue. L'on peut dès lors se demander si l'interdiction de la renonciation par avance à une garantie procédurale, lorsqu'il existe un risque d'irrégularités graves, ne s'explique pas par la volonté de s'assurer que la renonciation s'exerce en pleine connaissance de cause. C'est à l'exigence du caractère éclairé de la renonciation que nous proposons de consacrer la suite de nos développements (voy. *infra*, section 4).

³³⁵ P. GILLIAUX, *op. cit.*, p. 931. C'est nous qui soulignons.

Section 4 – Les circonstances personnelles de la renonciation

Nous entendrons par *circonstances personnelles*³³⁶ l'ensemble des circonstances au travers desquelles s'exprime le consentement du justiciable, ce dernier ayant manifesté sa volonté de s'affranchir de certaines de ses garanties procédurales³³⁷. Il est généralement établi que pareille volonté est valide pour autant qu'elle soit à la fois libre, exempte d'équivoque et éclairée³³⁸. Il semble tout à fait opportun dans le présent travail d'attirer davantage l'attention sur le caractère éclairé de la renonciation, lequel fera l'objet d'un commentaire plus détaillé (voy. ci-dessous, § 1^{er}).

Toutefois, il apparaît évident que ces circonstances *personnelles* ne peuvent, à notre avis, guère s'envisager en l'absence des circonstances *temporelles* (voy. *supra*, section 3), de sorte que le caractère éclairé de la renonciation dépendra en particulier du moment auquel celle-ci se déroule. Une renonciation intervenant *a posteriori* revêt, de fait, un caractère souvent plus éclairé (voy. *infra*, § 2) qu'une renonciation qui interviendrait avant la naissance d'un litige³³⁹ (voy. *infra*, § 3). Aussi cherchera-t-on à déterminer la pertinence du critère de la naissance du litige aux fins d'indiquer si une partie est censée avoir exercé sa faculté de renonciation en pleine connaissance de cause³⁴⁰. Nous concluons ensuite par un bilan de nos développements (voy. *infra*, § 4).

³³⁶ Comp. P. FRUMER, *op. cit.*, pp. 549 à 602. Nous nous inspirons ici des « modalités de renonciation intrinsèques », lesquelles se rattachent à la *personne* du renonçant. ; Adde O. DE SCHUTTER et J. RINGELHEIM, *op. cit.*, pp. 456 à 480. Ces auteurs envisagent ce qu'ils qualifient de « situation idéale d'action », laquelle nécessite à la fois un consentement libre, éclairé et concerté.

³³⁷ En ce sens : Au regard des droits fondamentaux en général : O. DE SCHUTTER et J. RINGELHEIM, *ibidem*, pp. 456 à 480. ; Au regard des droits de la personnalité : G. GATHEM et A. STROWEL, *op. cit.*, p. 518 *ab initio*.

³³⁸ P. GILLIAUX, *op. cit.*, pp. 79 et 80. ; Comp. avec les conditions dont s'entoure la validité du consentement en droit privé : P. BAZIER, *op. cit.*, pp. 144 à 146, n°11 et 12. ; S. JANSSEN, *op. cit.*, pp. 337 et 338, n° 11. ; A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, p. 38, n° 34. ; P. VAN OMMESELAGHE, « Rechtsverwerking en afstand van recht », *op. cit.*, p. 746, n° 9.

³³⁹ Comp. O. DE SCHUTTER et J. RINGELHEIM, *op. cit.*, p. 447.

³⁴⁰ Voy. J. VAN ZUYLEN, *op. cit.*, pp. 122 *in fine* et 123 *ab initio*, n° 18.

§ 1^{er} – L'exigence d'une renonciation éclairée

L'exigence d'une volonté éclairée implique que le justiciable agisse – reprenons la locution notoire – en pleine connaissance de cause³⁴¹. L'attribution de l'adjectif « éclairé » au terme de renonciation dépendra de l'information à la disposition du renonçant, au moment précis auquel il pose son acte de renonciation³⁴². Par conséquent, il reviendra à l'avocat le rôle essentiel de « (...) tenir son client informé de l'évolution de la procédure et de clarifier les choix procéduraux auxquels il est confronté »³⁴³. Aussi, le renonçant sera-t-il dûment informé d'une part, de l'étendue de ses droits³⁴⁴, auquel cas l'on entend qu'il est pleinement conscient des droits qu'il peut faire valoir³⁴⁵, tout en étant averti en temps et en heure d'éventuelles irrégularités qui viendraient entacher la procédure³⁴⁶. D'autre part, le même client sera parfaitement conscient des conséquences attachées à l'exercice de sa faculté de renonciation³⁴⁷. Somme toute, l'information vise à éviter que le justiciable « (...) ne prenne un engagement dont il ne mesure pas la portée »³⁴⁸. Il convient dans la suite d'appliquer ces conditions aux deux temps de la renonciation.

§ 2 – La renonciation a posteriori éclairée

En cours d'instance, la renonciation présente en règle un caractère davantage éclairé, dès lors que celle-ci « (...) est opérée en fonction d'une situation précise, dans laquelle le sujet est plongé (...) »³⁴⁹. Cette dernière pose de fait le contexte opportun à une renonciation pleinement informée, tout d'abord au regard des potentielles irrégularités qui pourraient entacher la procédure. A titre d'exemple, une partie qui reste en défaut de soulever, en cours d'instance, un grief de partialité dans le chef du

³⁴¹ L'exigence d'une renonciation en pleine connaissance de cause peut s'expliquer par la gravité de l'acte de renonciation : P. BAZIER, *op. cit.*, p. 145, n° 12.

³⁴² O. DE SCHUTTER et J. RINGELHEIM, *op. cit.*, p. 464. C'est la raison pour laquelle ces auteurs considèrent que la nécessité d'un consentement éclairé relève des « conditions informationnelles » de leur « situation idéale d'action ». *Adde* pour ce qu'il faut entendre par cette situation : p. 456.

³⁴³ P. FRUMER, *op. cit.*, p. 575, n° 797.

³⁴⁴ P. FRUMER, *ibidem*, p. 569, n° 786.

³⁴⁵ Comp. P. GILLIAUX, *op. cit.*, p. 79. C'est particulièrement le cas « lorsque l'intéressé n'a aucune formation juridique (...) ».

³⁴⁶ P. FRUMER, *op. cit.*, pp. 569 et 573 *ab initio*, n° 793.

³⁴⁷ P. FRUMER, *ibidem*, pp. 569 et 573, n° 794 *ab initio*. ; En ce sens : P. GILLIAUX, *op. cit.*, p. 80 *ab initio*.

³⁴⁸ G. GATHEM et A. STROWEL, *op. cit.*, p. 518.

³⁴⁹ O. DE SCHUTTER et J. RINGELHEIM, *op. cit.*, p. 447.

juge, sera censée avoir renoncé à l'exercice de sa faculté de récusation³⁵⁰, pour autant qu'elle ait été informée en temps utile de pareil grief ; ce qui n'est pas le cas si elle n'en a jamais pris connaissance ou si elle n'en a eu connaissance qu'au terme de la procédure, soit une fois le jugement prononcé³⁵¹.

Ensuite, le renonçant est également mieux averti des conséquences attachées à l'exercice de sa faculté de renonciation. Ainsi, une fois le jugement rendu en première instance, la partie succombante peut y acquiescer³⁵², dès lors qu'elle aura pu prendre connaissance, à ce moment, des éventuelles irrégularités qui viendraient souiller pareille décision³⁵³ et à condition qu'elle ait bénéficié de l'assistance d'un avocat qui ne manquera point de l'informer des conséquences liées à l'acquiescement³⁵⁴, à savoir la « (...) perte du droit de recourir »³⁵⁵.

§ 3 – La renonciation à l'aveugle

Dès lors que la renonciation est d'autant plus informée qu'elle intervient dans un contexte spécifique, *a contrario*, au plus tôt intervient la renonciation, hormis tout contexte, au moins celle-ci sera éclairée³⁵⁶. Aussi souhaitons-nous souligner la question au sujet de la pertinence du critère de la naissance du litige lorsqu'il convient de déterminer le caractère éclairé d'une renonciation. En effet, s'il a été admis précédemment que la renonciation à l'aveugle ne devait être écartée d'emblée (voy. *supra*, section 3, § 3), encore faut-il tenir compte du moment auquel les parties sont censées avoir pleinement conscience de l'acte qu'elles posent. Ceci ne peut, selon nous, point être le cas avant la naissance d'un litige, pas plus qu'au moment de la naissance de ce dernier, puisque lesdites parties ne peuvent, à cet instant, anticiper les éventuelles irrégularités pouvant affecter la procédure. Elles ne seront en mesure d'en

³⁵⁰ P. FRUMER, *op. cit.*, p. 228, n° 315.

³⁵¹ P. FRUMER, *ibidem*, p. 573, n° 793.

³⁵² G. CLOSSET-MARCHAL, *La compétence en droit judiciaire privé – Aspects de procédure*, *op. cit.*, p. 367, n° 478.

³⁵³ Voy. G. CLOSSET-MARCHAL, *La compétence en droit judiciaire privé – Aspects de procédure*, *ibidem*, p. 366 *in fine* et 367, n° 477.

³⁵⁴ P. GILLIAUX, *op. cit.*, p. 80 *ab initio*.

³⁵⁵ G. CLOSSET-MARCHAL, *La compétence en droit judiciaire privé – Aspects de procédure*, *op. cit.*, p. 368 *ab initio*, n° 478.

³⁵⁶ Comp. O. DE SCHUTTER et J. RINGELHEIM, *op. cit.*, p. 447. Dès lors que les auteurs sont d'avis que la renonciation semble « (...) mieux informée lorsqu'elle est opérée en fonction d'une situation précise, dans laquelle le sujet est plongé (...) », l'on peut en déduire *a contrario* que pareille information ferait défaut en l'absence de situation précise.

avoir pleinement connaissance qu'en cours de procédure, voire seulement à partir du prononcé de la décision³⁵⁷.

Aussi, la clause compromissoire ne peut-elle point se traduire par une renonciation *a priori* à la garantie d'impartialité des arbitres (voy. *supra*, section 3, § 3, A., iii.), étant donné qu'il demeure impossible d'avoir connaissance, au moment de la conclusion d'une convention d'arbitrage³⁵⁸ et alors que l'identité des arbitres est encore inconnue, d'un éventuel grief de partialité³⁵⁹. Ce n'est par conséquent qu'en cours de procédure qu'une partie qui reste en défaut d'invoquer en temps utile le grief de partialité est censée avoir renoncé à l'impartialité des arbitres³⁶⁰, certes moyennant la condition qu'elle ait pu avoir connaissance, en temps utile, de la cause de partialité (voy. *supra*, § 1^{er}).

C'est, par ailleurs, la raison pour laquelle une partie ne peut renoncer par avance à l'exercice du double degré de juridiction, dès lors qu'elle ne peut avoir connaissance des potentielles irrégularités qui pourraient affecter le jugement avant le prononcé de ce dernier³⁶¹. Ces irrégularités peuvent, nous le savons désormais, porter sur l'impartialité du juge ou encore la violation du contradictoire, pour ne citer que deux exemples³⁶². Si le parallèle avec la théorie de l'appel-nullité aura permis de démontrer que le défaut de motivation du jugement ne constitue point une irrégularité insurmontable au regard de l'équité du procès (voy. *supra*, section 3, § 3, B., i., c.), il convient toutefois de préciser qu'une partie ne peut avoir connaissance du contenu de la motivation avant le prononcé du jugement ou de la sentence³⁶³, de sorte qu'une renonciation par avance à l'exercice d'une voie de recours ou d'un recours en annulation pour le cas d'un défaut de motivation ne peut être éclairée.

³⁵⁷ C'est le critère retenu au regard de l'exercice du double degré de juridiction. Voy. G. CLOSSET-MARCHAL, *La compétence en droit judiciaire privé – Aspects de procédure*, op. cit., p. 367, n° 477.

³⁵⁸ L'on vise ici la conclusion d'une convention d'arbitrage aussi bien avant qu'après la naissance d'un litige. Voy. Art. 1681 du Code judiciaire.

³⁵⁹ P. LAMBERT, « Les procédures d'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme », op. cit., p. 1287, n° 5. ; Adde P. FRUMER, op. cit., p. 119, n° 161.

³⁶⁰ P. FRUMER, op. cit., p. 119, n° 161.

³⁶¹ P. GILLIAUX, op. cit., p. 80. ; En ce sens : G. CLOSSET-MARCHAL, *La compétence en droit judiciaire privé – Aspects de procédure*, op. cit., p. 366, n° 477. ; G. DE LEVAL, « Les voies de recours ordinaires », op. cit., pp. 762 *in fine* et 763 *ab initio*, n° 8.10. ; J. LAENENS et al., op. cit., p. 687, n° 1574.

³⁶² G. CLOSSET-MARCHAL, *La compétence en droit judiciaire privé – Aspects de procédure*, op. cit., pp. 366 *in fine* et 367 *ab initio*, n° 477.

³⁶³ Pour l'arbitrage : G.-A. DAL et G. KEUTGEN, op. cit., p. 554, n° 696. ; M. DAL, « Le recours contre les sentences arbitrales en droit belge », op. cit., p. 365.

§ 4 – Bilan de la renonciation éclairée

Somme toute, il appert que les circonstances *personnelles*, en particulier l'exigence d'un consentement éclairé, demeurent quelque peu prédéterminées par les circonstances *temporelles*. Ainsi, au plus tôt intervient la renonciation, le moins éclairée celle-ci sera, et ce alors-même que les parties ne peuvent guère être pleinement informées de l'étendue de leurs droits, des éventuelles irrégularités pouvant faire irruption au cours de la procédure et des conséquences de l'exercice de la faculté de renonciation³⁶⁴. L'on en vient alors à soulever la question de la pertinence du critère de la naissance du litige aux fins de déterminer le caractère éclairé de la renonciation. Il semble que dès lors qu'il apparaît que les parties consentiraient par avance à d'éventuelles irrégularités graves, un certain glissement s'opère du moment de la naissance du litige, soit vers le moment de *l'instance*, soit vers le moment du *prononcé du jugement*, ces-derniers étant les seuls à garantir un consentement pleinement éclairé des parties à l'égard de la renonciation³⁶⁵.

³⁶⁴ Voy. les modalités d'une renonciation éclairée selon P. FRUMER, *op. cit.*, p. 569.

³⁶⁵ Comp. G. CLOSSET-MARCHAL, *La compétence en droit judiciaire privé – Aspects de procédure*, *op. cit.*, p. 367, n° 477. L'auteur fait état des nombreux avantages liés au « choix du moment du prononcé », certes en matière de renonciation à l'appel uniquement.

CONCLUSION

Les pistes de réflexion et développements proposés en tournant les pages du présent travail ont pour point de départ la question suivante : Est-il possible de renoncer, le cas échéant par avance, aux garanties du procès équitable ?

Le coup de feu ayant été tiré, nous nous sommes très vite heurtés à l'obstacle principal : le caractère d'ordre public de l'article 6 de la Convention. En effet, dans l'hypothèse où la Convention intéresse l'ordre public, il est de fait impossible d'y renoncer.

Loin de vouloir reculer devant pareil barrage, nous avons plutôt préféré étudier les manières d'enjamber la barrière, notamment en mettant en évidence l'estompement de l'opposition traditionnelle entre l'ordre public et les lois impératives. Les lignes qui suivent, proposent d'apporter quelques éclaircissements sur la méthode de travail adoptée.

Dans un premier élan d'enthousiasme, nous avons exposé que, quoique présentée comme une opposition traditionnelle en voie d'estompement, cette opposition n'a jamais été apparente, voire explicite dès le départ. Il convient ici de souligner la notion d'« ordre public *proprement dit* », que l'on oppose à un « ordre public *non proprement dit* », plus tard repris sous le terme de lois impératives. A l'époque de l'arrêt de la Cour de cassation, des voix s'étaient déjà faites entendre en doctrine sur l'acception de pareille notion d'« ordre public *proprement dit* ». L'on en citera une, celle de P. De Harven, qui soulève les divers degrés à inclure nécessairement dans la définition que la Cassation reconnaît de l'ordre public. Enfin, sans doute est-il intéressant d'un point de vue comparatif de mentionner que la position prônée par cet auteur se rapproche de celle qui est appliquée en France.

Toujours animés par le même élan, nous avons ensuite dépeint les nuances apportées à l'opposition traditionnelle décrite plus haut en adoptant trois toiles de fond, énoncées ci-après. La première illustre l'opposition au regard de l'intérêt protégé et dévoilait que les lois impératives protègent parfois aussi l'intérêt général ; la deuxième, analysait les nuances au regard du rôle du juge, ce dernier soulevant

d'office le moyen tiré de la violation d'une règle d'ordre public, impérative voire supplétive, pour autant qu'il puisse déduire pareille violation des « faits spécialement invoqués » par les parties (dès lors que dans l'hypothèse où les faits sont adventices, le juge ne soulève point d'office ladite violation) ; enfin, la troisième et dernière toile de fond proposait d'étudier l'opposition au regard de la renonciation et a permis de réfléchir sur le choix du moment de la renonciation en considérant l'instant-même de la naissance du litige, lequel ne correspond pas toujours, il est vrai, avec certaines dispositions de protection des consommateurs, lesquelles interdisent la renonciation, nonobstant leur caractère impératif.

L'analyse en trois temps du tableau précédent aura apporté une ébauche intermédiaire de conclusion, laquelle amenait la question suivante : Est-il opportun de remettre en cause le lien illusoire concepts/conséquences ?

La course n'étant point terminée, nous nous sommes ensuite lancés dans une réflexion sur les solutions recensées en doctrine, en vue de déterminer si celles-ci permettent de surmonter l'obstacle de l'ordre public qui se pose en travers de notre chemin. Ici, ont eu voix au chapitre des noms comme Van Ommeslaghe, Goffin, ainsi que Gathem et Strowel. Le premier soutenait qu'une matière d'ordre public peut accoucher de règles impératives ; le deuxième défendait à la fois l'ordre public et les lois impératives, mais proposait une distinction selon le destinataire ; enfin les derniers affirmaient que seule la substance relève effectivement de l'ordre public.

En parcourant les kilomètres, notre réflexion a progressé et nous a conforté dans notre volonté de réfuter pareilles solutions, étant donné que toutes s'agencent autour de la notion d'ordre public et qu'elles ne peuvent donc point éviter les conséquences qui s'y rattachent traditionnellement, sans parler ici de la hiérarchie. Ainsi, chez les trois auteurs précédemment cités, l'on ne peut renoncer qu'aux règles qualifiées d'impératives. Or, l'élan qui anime notre course porte sur notre volonté de prouver la faculté de renonciation, sans devoir emprunter la voie selon laquelle ces garanties arborent un caractère impératif. A l'horizon : la ligne d'arrivée et le détachement de cette vision *conceptuelle*, au profit d'une vision *contextuelle*, laquelle privilégie une analyse des circonstances de la renonciation et débouche sur l'affirmation que la renonciation aux garanties du procès équitable est possible.

En effet, ce ne sera guère l'importance de la norme qui déterminera l'intérêt en cause, en ce compris les conséquences qui s'y rattachent. Ce point de vue est celui défendu par F. Peeraer au regard de la théorie des nullités lorsqu'il affirme que la violation d'une règle intéressant l'ordre public n'implique pas forcément la nullité absolue. Ce raisonnement amène plutôt à défendre que les conséquences sont effectivement fonction du contexte, et nous entendons par là les circonstances, et non fonction de l'intérêt protégé en amont.

Emboîtons le pas à cet auteur et inspirons-nous de ses termes afin de les appliquer à la faculté de renonciation aux garanties du procès équitable. Il semble ici opportun de souligner que même si l'article 6 de la Convention est d'ordre public, il n'empêche qu'il ne faille pas conclure automatiquement à une impossibilité de renonciation. Aussi avons-nous proposé d'étudier la faculté de renonciation aux garanties du procès équitable en fonction des circonstances *temporelles* et *personnelles*. Les observations nous ont très vite permis de statuer sur la validité de la renonciation et d'avancer que ce n'est point l'intérêt protégé qui détermine *in fine* si la renonciation est valide, mais bien les circonstances.

Derrière nous, le premier obstacle lié au caractère d'ordre public de l'article 6 et l'apparente impossibilité d'y renoncer ; devant, une nouvelle haie à enjamber durant notre course, apportant deux nouvelles interrogations : à partir de quand un justiciable peut-il renoncer et surtout, peut-il y renoncer avant la naissance d'un quelconque litige ?

Afin de répondre à ces deux inconnues et de franchir le second obstacle, nous avons très vite porté nos développements au regard de la renonciation avant l'instance. Il convient ici de rappeler l'applicabilité de l'article 6 de la Convention dès la naissance du litige – et ce même si les juridictions n'ont guère été saisies – moment à partir duquel tout justiciable peut renoncer aux garanties qui y sont consacrées.

L'analyse des circonstances temporelles que nous avons proposée dans le présent travail aura permis d'avancer que l'exercice de la renonciation *a priori* n'est guère à exclure d'emblée – preuve en est, par exemple, l'existence de clauses compromissaires, lesquelles impliquent une renonciation partielle aux garanties

procédurales – à condition toutefois de l’entourer de balises supplémentaires. Celles-ci sont destinées à s’assurer qu’une partie ne s’affranchisse point par avance de l’ensemble de ses garanties procédurales ou qu’elle consente par avance à une irrégularité grave susceptible de faire irruption dans le cadre de la procédure, voire seulement à partir du prononcé de la décision ou de la sentence. Distinguons donc ces deux balises : la première renvoie à l’impossibilité de renoncer à l’ensemble des garanties (illustrée au moyen de la clause compromissoire) ; la seconde, porte sur l’impossibilité de consentir par avance à des violations graves de garanties procédurales fondamentales (pour lesquelles l’on citera le double degré de juridiction et le recours en annulation de sentences arbitrales, chacune illustrée au moyen de l’obligation de motivation).

Il appert ici que la renonciation à l’aveugle ne peut guère s’exercer lorsqu’il en découle que le justiciable consentirait par avance à des violations de garanties fondamentales dont il ne peut prendre connaissance qu’en cours de procédure, voire seulement à partir du prononcé de la décision ou de la sentence. Ceci est notamment lié aux circonstances personnelles de la renonciation, en particulier l’exigence d’un consentement éclairé. Nos réflexions ont permis de souligner que la renonciation ne peut guère prétendre à un caractère éclairé lorsqu’elle s’exerce aveuglément. Nous avons donc défendu l’idée selon laquelle la renonciation anticipée, soit avant la naissance-même d’un litige, n’est pas à exclure d’emblée. Toutefois, lorsque confrontée à un vice grave, ce critère de la naissance du litige n’est plus considéré comme pertinent aux fins de statuer sur la validité d’une renonciation. Ce n’est qu’en cours d’instance, voire une fois le prononcé de la décision ou de la sentence que l’on pourrait s’assurer que la renonciation ait bien eu lieu en pleine connaissance de cause.

Arrivés en fin de course, nous sommes parvenus à nous détacher des concepts pour plutôt avancer sur la piste *contextuelle*, soit celle entourant les circonstances de la renonciation.

*

BIBLIOGRAPHIE

LEGISLATION

Le droit de l'Union

- Art. 6, § 1^{er} de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955.

Le droit national

- Art. 148 et 149 de la Constitution.
- Art. 6, 1108, 1131 et 1133 du Code civil.
- Art. 20, 616, 828, 833, 1044, al. 1^{er} ; 1054, 1402, 1679, 1681, 1682, 1687, § 2, a) ; 1713, § 4 ; 1716 ; 1717, §2, § 3, a), iv et § 5 ; et 1718 du Code judiciaire.
- Loi du 24 juin 2013 modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, *M.B.*, 28 juin 2013.
- Loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice, *M.B.*, 22 octobre 2015.

Le droit français

- Art. 577 du nouveau Code de procédure civile.

DOCTRINE

- ARROYO (J.), *La renonciation aux droits fondamentaux. Etude de droit français*, Paris, A. Pedone, 2016.
- BAETEMAN (G.), « Les effets des dispositions légales impératives protégeant des intérêts privés », note sous Cass., 6 décembre 1956, *R.C.J.B.*, 1960, pp. 158 à 174.
- BAZIER (P.), « La renonciation à un droit et la rechtsverwerking en droit privé », *Chroniques de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations (2000 – 2013)*, sous la direction de P. Wéry, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 135 à 198.
- BROECKX (K.), *Het recht op hoger beroep en het beginsel van de dubbele aanleg in het civiele geding*, Anvers, Maklu, 1995.
- CAPRASSE (O.), « Introduction au nouveau droit belge de l'arbitrage », *Actualités en droit judiciaire*, sous la direction de H. Boularbah et F. Georges, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 401 à 426.
- CAPRASSE (O.), « L'arbitrage et la médiation », *Droit judiciaire : Manuel de procédure civile*, 2^e éd., sous la direction de G. de Leval, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 1373 à 1445.
- CLOSSET-MARCHAL (G.), « Examen de jurisprudence (2000-2015) – Droit judiciaire privé – Principes généraux du Code judiciaire », *R.C.J.B.*, 2017/1, pp. 68 à 188.
- CLOSSET-MARCHAL (G.), *La compétence en droit judiciaire privé – Aspects de procédure*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2016.
- CLOSSET-MARCHAL (G.), « Les garanties du procès équitable en droit judiciaire privé », *J.T.*, 2011/33, n° 6451, pp. 681 à 690.
- CLOSSET-MARCHAL (G.) et VAN DROOGHENBROECK (J.-F.), *Les voies de recours en droit judiciaire privé*, Bruxelles, Bruylant, 2009.
- COIPEL (M.), « L'autonomie de la volonté : mythique ou en déclin ? », *J.T.*, 2007/16, liv. 6265, pp. 331 à 332.
- CORNELIS (L.), *Algemene theorie van de verbintenissen – Deel 1*, Anvers, Intersentia, 2000.
- CORNELIS (L.), *Algemene theorie van de verbintenissen – Deel 2*, Anvers, Intersentia, 2000.

- CORNELIS (L.), « Mal aimé, mal armé : l'ordre public en droit privé », *R.C.J.B.*, 2017/2, pp. 190 à 226.
- CORTHAUT (T.), *EU Ordre Public*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2012.
- DAL (G.-A.) et KEUTGEN (G.), *L'arbitrage en droit belge et international. 1, Le droit belge*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2015.
- DAL (M.), « De quelques causes – anciennes et nouvelles – d'annulation des sentences arbitrales », *b-Arbitra*, 2015/2, pp. 389 à 397.
- DAL (M.), « La nouvelle loi sur l'arbitrage », *J.T.*, 2013/40, liv. 6542, pp. 785 à 795.
- DAL (M.), « Le recours contre les sentences arbitrales en droit belge », *L'arbitre et le juge étatique : études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia*, sous la direction de A. Saletti, J. van Compernelle et J.-F. van Drooghenbroeck, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 345 à 385.
- 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*, sous la direction de J. Smits et S. Stijns, Anvers, Intersentia, 2005, pp. 187 à 229.
- DE HARVEN (P.), « Contribution à l'étude de la notion d'ordre public », note sous Cass. (1^e ch.), 14 janvier 1954, *R.C.J.B.*, 1954, pp. 259 à 266.
- DE LEVAL (G.), « Le jugement », *Droit judiciaire : Manuel de procédure civile*, 2^e éd., sous la direction de G. de Leval, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 619 à 749.
- DE LEVAL (G.), « Les voies de recours ordinaires », *Droit judiciaire : Manuel de procédure civile*, 2^e éd., sous la direction de G. de Leval, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 753 à 814.
- DE MAESENEIRE (G.), « Motivering rechterlijke beslissingen », *N.j.W.*, 2007, pp. 194 à 197.
- DEMEYERE (L.) et VERBIST (H.), « De nieuwe Belgische arbitragewet van 24 juni 2013 », *R.W.*, 2014 – 2015, liv. 3, pp. 83-107.
- DE PAGE (H.), *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 1962.

- DE SALVIA (M.) et SOYER (J.-C.), « Article 6 », *La Convention européenne des droits de l'Homme. Commentaire article par article*, sous la direction de L.-E. Pettiti *et al.*, Paris, Economica, 1999, pp. 239 à 292.
- DE SCHUTTER (O.) et RINGELHEIM (J.), « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition de soi et le règne de l'échange », *La responsabilité, face cachée des droits de l'Homme*, sous la direction de H. Dumont, F. Ost et S. van Drooghenbroeck, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 441 à 481.
- ERGEC (R.) et VELU (J.), *Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2014.
- FAVREAU (B.), « Aux sources du procès équitable. Une certaine idée de la qualité de la justice », *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 9 à 21.
- FLAUSS (J.-F.), « A propos de la renonciation à la publicité des débats judiciaires », note sous l'arrêt *Hakansson et Sturesson* du 21 février 1990, *R.T.D.H.*, 1991, pp. 494 à 505.
- FRUMER (P.), *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'Homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2001.
- GANSHOF VAN DER MEERSCH (W.-J.), « La convention européenne des droits de l'Homme a-t-elle, dans le cadre du droit interne, une valeur d'ordre public ? », *Les droits de l'homme en droit interne et en droit international : Actes du 2^e colloque international sur la convention européenne des droits de l'homme (Vienne, 18-20 octobre 1965)*, Bruxelles, Presses universitaires, 1968, pp. 155 à 251.
- GATHEM (G.) et STROWEL (A.), « La renonciation limitée aux droits de la personnalité : l'indice d'obligations ? », *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, sous la direction de H. Dumont, F. Ost et S. van Drooghenbroeck, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 501 à 522.
- GILLIAUX (P.), *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 994 p.
- GOFFIN (L.), « De l'arbitrage obligatoire au barreau », note sous Bruxelles (1^e ch.), 4 octobre 1993, *R.T.D.H.*, 1994, pp. 609 à 628.

- GOLDMAN (S.) et TOSSENS (J.-F.), « Recours en annulation : commentaire des arrêts de la Cour de cassation du 7 novembre 2013 et de la Cour d'appel de Bruxelles du 6 décembre 2011 », *b-Arbitra*, 2014/1, pp. 221 à 236.
- GREGOIRE (M.), « L'ordre public dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *L'ordre public : Concept et applications*, vol. 3, sous la direction de M. Grégoire, J.-F. Romain et V. Simonart, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 63 à 80.
- GUINCHARD (S.), *Droit processuel – Droits fondamentaux du procès*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2015.
- HOC (A.), « L'appel-nullité à la croisée des chemins », *J.T.*, 2016/14, liv. 6642, pp. 218-222.
HOC (A.), « L'appel restauré et ses fondements : droit naturel ou droits fondamentaux ? », *Human Rights as a Basis for reevaluating and reconstructing the law*, sous la direction de A. Hoc, G. Willems et S. Wattier, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 245 à 263.
- HOC (A.), « Principe de la contradiction, obligation de motivation et appel-nullité », *J.T.*, 2014/32, n° 6576, pp. 613-617.
- HOC (A.), « Remplacement du curateur de faillite, violation des droits de la défense et appel-nullité », note sous Liège, 28 novembre 2013, *J.T.*, 2014/2, liv. 6546, p. 29.
- JANSEN (S.), « Afstand van recht : een eenzijdige rechtshandeling », note sous Cass., 24 décembre 2009, *T.B.B.R.*, 2011, pp. 333 à 343.
- JANSEN (S.) et STIJNS (S.), « Actuele ontwikkelingen inzake de basisbeginselen van het contractenrecht », *Themis*, 2012-2013/3, liv. 75, pp. 1 à 50.
- KEUTGEN (G.), « La réforme 2013 du droit belge de l'arbitrage », *R.D.I.D.C.*, 2014/1, pp. 65 à 112.
- KOHL (A.), « Implications de l'article 6, alinéa 1^{er}, de la Convention européenne de droits de l'homme, en procédure civile », *J.T.*, 1987, liv. 5439, pp. 637 à 644.
- KUTY (F.), « L'obligation de motivation des décisions judiciaires au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.*, 1998, pp. 843 à 852.

- LAENENS (J.) *et al.*, *Handboek gerechtelijk recht*, 4^e éd., Anvers, Intersentia, 2016, 943 p.
- LAMBERT (P.), « Les procédures d'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme », *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges Jacques Velu*, t. 2, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 1281 à 1291.
- LAMBERT (P.), « Le droit d'accès à un tribunal dans la convention européenne de droits de l'homme », *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 57 à 66.
- LEFEBVRE (P.) et SERVAIS (M.), « 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, pp. 297 à 350.
- LEMMENS (P.), *Geschillen over burgerlijke rechten en verplichtingen*, Anvers, Kluwer, 1989.
- LEMMENS (P.), « De motivering van rechterlijke beslissingen als element van het eerlijk proces », *Liber amicorum Ludovic De Gryse*, sous la direction de B. Dauwe *et al.*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 575 à 584.
- MATSCHER (F.), « La notion de “décision d'une contestation sur un droit ou une obligation (de caractère civil)” au sens de l'article 6, § 1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme », *Mélanges en l'honneur de J. Wiarda*, sous la direction de F. Matscher et H. Petzold, Köln, Berlin, 1988, pp. 395 à 410.
- MATSCHER (F.), « L'arbitrage et la Convention », *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, sous la direction de L.-E. Pettiti *et al.*, Paris, Economica, 2^e éd., 1999, pp. 281 à 292.
- MEEUS (A.), « La notion de loi impérative et son incidence sur la procédure en cassation et sur l'office du juge », note sous Cass. (3^e ch.), 17 mars 1986, *R.C.J.B.*, pp. 498 à 527.
- MOCK (P.), « Le droit à un procès équitable en matière civile », *R.T.D.H.*, 1995, pp. 385 à 400.
- MORANGE (J.) et PANAGOULIAS (K.), *La procéduralisation des droits substantiels garantis par la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2012.
- OST (F.) et VAN DROOGHENBROECK (S.), « La responsabilité, face cachée des droits de l'Homme (1) », *La responsabilité, face cachée des droits de*

- l'Homme*, sous la direction de H. Dumont, F. Ost et S. van Drooghenbroeck, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 1 à 49.
- PEERAER (F.), « Actuele ontwikkelingen inzake totstandkoming en nietigheid van contracten en contractuele bedingen », *Themis*, 2015-2016/2, n° 95, pp. 45 à 78.
 - PEERAER (F.), « De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht *sensu stricto* in het Belgische verbintenissenrecht », *T.P.R.*, liv. 4, 2013, pp. 2705 à 2805.
 - PEERAER (F.), « De taak van de rechter bij het toepassen van normen van openbare orde : minder vanzelfsprekend dan het lijkt », note sous Cass., 17 mars 2016, *T.B.B.R.*, 2017/6, pp. 361 à 369.
 - RIGAUX (F.), « Les renonciations au bénéfice de la loi en droit civil belge », *Travaux de l'Association Henri Capitant (1959-1960)*, Paris, Dalloz, 1963, pp. 385 à 440.
 - ROMAIN (J.-F.), « L'ordre public (notion générale) et les droits de l'homme », *L'ordre public : Concept et applications*, vol. 3, sous la direction de M. Grégoire, J.-F. Romain et V. Simonart, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 7 à 61.
 - STIJNS (S.), *Leerboek verbintenissenrecht – Boek 1*, Brugge, Die Keure, 2005.
 - SUDRE (F.), « L'ordre public européen », *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, sous la direction de M.-J. Redor, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 109 à 131.
 - VAN COMPERNOLLE (J.), « L'annulation de la sentence arbitrale pour défaut de motivation en droit belge », *L'arbitre et le juge étatique : études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia*, sous la direction de A. Saletti, J. van Compernelle et J.-F. van Drooghenbroeck, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 367 à 374.
 - VAN COMPERNOLLE (J.), « L'incidence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur l'administration de la justice : Le droit à un procès équitable », *La mise en œuvre interne de la Convention européenne des droits de l'Homme*, sous la direction de J. Velu, Bruxelles, Editions du Jeune Barreau, 1994, pp. 63 à 87.
 - VAN DROOGHENBROECK (J.-F.), *Cassation et juridiction – Iura dicit curia*, Bruxelles, Bruylant, 2004.

- VAN DROOGHENBROECK (J.-F.), « Chronique de l'office du juge », *J.L.M.B.*, 2013/25, pp. 1307-1320.
- VAN GERVEN (W.) et VAN OEVELEN (A.), *Verbintenissenrecht*, 4^e éd., Leuven, Acco, 2015, 728 p.
- VAN LEUVEN (N.), *Contracten en mensenrechten*, Anvers, Intersentia, 2009.
- VAN MEERBEECK (J.), « L'accès à la justice à l'aune des exigences européennes », *L'accès à la justice*, sous la direction de J. Van Meerbeeck, Limal, Anthemis, 2017, pp. 7 à 37.
- VAN OEVELEN (A.), « Afstand van recht en rechtsverwerking in het individuele arbeidsovereenkomstenrecht », *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, sous la direction de M. Rigaux, Anvers, Maklu, 1993, pp. 33 à 75.
- VAN OMMESLAGHE (P.), *Droit des obligations*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 2010.
- VAN OMMESLAGHE (P.), « Rechtsverwerking en afstand van recht », *T.P.R.*, 1980, pp. 735 à 791.
- VAN OMMESLAGHE (P.), *Traité de droit civil belge. 2, Les obligations*, vol. 1, coll. De Page, Bruxelles, Bruylant, 2013, 951 p.
- VAN REGENMORTELS (A.), « Openbare orde en dwingend recht : een confrontatie tussen de Europese en de Belgische invulling », *Toepasselijk arbeidsrecht over de grenzen heen – België, Nederland, Europa, de wereld*, sous la direction de M. Houwerzijl et H. Verschueren, Kluwer, 2009, pp. 91 à 147.
- VAN ZUYLEN (J.), « L'ordre public et le droit impératif dans les contrats spéciaux », *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, sous la direction de P. Wéry, Limal, Anthémis, 2011, pp. 90 à 148.
- WERY (P.), *Droit des obligations. Théorie générale du contrat*, 2^e éd., vol. 1, Précis de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Larcier, 2011.
- WERY (P.), *Droit des obligations. Les sources des obligations extracontractuelles. Le régime général des obligations*, vol. 2, Précis de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Larcier, 2016.
- WERY (P.), « L'essor du droit impératif et ses rapports avec l'ordre public en matière contractuelle », *R.G.D.C.*, 2011, pp. 145 à 156.

JURISPRUDENCE

Jurisprudence européenne

- Comm. eur. D.H., décision *X. c. R.F.A.* du 5 mars 1962, *Rec.*, n° 8, p. 68.
- Cour eur. D.H., arrêt *De Wilde, Ooms et Versyp* du 18 juin 1971, www.echr.coe.int.
- Cour eur. D.H., arrêt *Golder c. Royaume-Uni* du 21 février 1975, www.echr.coe.int.
- Cour eur. D.H., arrêt *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, www.echr.coe.int.
- Cour eur. D.H., arrêt *Deweert c. Belgique* du 27 février 1980, www.echr.coe.int.
- Cour eur. D.H., arrêt *Le Compte, Van Leuven et De Meyere* du 23 juin 1981, www.echr.coe.int.
- Cour eur. D.H., arrêt *Albert et Lecompte c. Belgique* du 10 février 1983, www.echr.coe.int.
- Cour eur. D.H., arrêt *H. c. Belgique* du 30 novembre 1987, www.echr.coe.int.
- Cour eur. D.H., arrêt *Hakansson et Sturesson c. Suède* du 21 février 1990, www.echr.coe.int.
- Cour eur. D.H., arrêt *Loizidou c. Turquie* du 23 mars 1995, www.echr.coe.int.
- Cour eur. D.H., arrêt *Refah Partisi c. Turquie* du 30 juillet 2001, www.echr.coe.int.
- Cour eur. D.H., arrêt *Boulougouras c. Grèce* du 27 mai 2004, www.echr.coe.int.
- Cour eur. D.H., arrêt *Micallef c. Malte* du 15 octobre 2009, www.echr.coe.int.
- Cour eur. D.H., arrêt *Tabbane c. Suisse* du 1^{er} mars 2016, www.echr.coe.int.
- C.J.U.E., C-243/08 *Pannon*, 4 juin 2009, *JO* 2009, 180/19.

Jurisprudence nationale

- Cass., 2 mai 1946, *Pas.*, 1946, I, p. 168.
- Cass., 9 décembre 1948, *Pas.*, 1948, I, p. 699.
- Cass., 14 janvier 1954, *Pas.*, 1954, I, p. 502, note P. de Harven.
- Cass., 6 décembre 1956, *R.C.J.B.*, 1960, p. 156, note G. Baeteman.
- Cass., 13 mars 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 710.
- Cass., 29 janvier 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 585.
- Cass. (1^{ère} ch.), 1^{er} avril 2004, *Pas.*, 2004, liv. 4, p. 557.
- Cass., 14 avril 2005, *Pas.*, 2005, liv. 4, p. 862.
- Cass. (1^{ère} ch.), 1^{er} juin 2006, *Pas.*, 2006, liv. 5 – 6, p. 1262.
- Cass. (1^{ère} ch.), 24 décembre 2009, *R.G.D.C.*, 2011, p. 332, note S. Jansen.
- Cass., 2 avril 2010, *Pas.*, 2010, liv. 4, p. 1102.
- Cass., 16 mai 2011, *N.j.W.*, 2011, p. 496.
- Cass., 14 décembre 2012, *Pas.*, 2012, liv. 12, p. 2497.
- Cass (1^{ère} ch.), 27 septembre 2013, *J.T.*, 2014, liv. 6560, p. 285.
- Cass (1^{ère} ch.), 31 octobre 2013, *J.T.*, 2014, liv. 6564, p. 372.
- Cass., 17 mars 2016, *T.B.B.R.*, 2017/6, p. 361.

- Bruxelles, 6 décembre 2000, *J.T.*, 2001, liv. 2, p. 572.
- Liège (7^e ch.), 28 novembre 2013, *J.T.*, 2014/2, liv. 6546, p. 27.

- Civ. Bruxelles (16^e ch.), 9 juillet 2014, *J.T.*, 2014/32, liv. 6576, p. 622.
- Civ. Liège (2^e ch.), 8 janvier 2016, *J.T.*, 2016/14, liv. 6642, p. 224.
- Civ. Bruxelles (1^{re} ch.), 20 janvier 2016, *J.T.*, 2016/14, liv. 6642, p. 223.

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt

