

Cour de cassation de Belgique

Arrêt

N° C.21.0548.F

1. **EMEK INSAAT STI LTD**, société de droit chypriote, dont le siège est établi à Nicosie (Chypre), Sht Hikmet Rezvan Sokak, 5,
2. **WTE WASSERTECHNIK GMBH**, société de droit allemand, dont le siège est établi à Essen (Allemagne), Ruhrallee, 185,

demandereses en cassation,

représentées par Maître Werner Derijcke, avocat à la Cour de cassation, dont le cabinet est établi à Bruxelles, avenue Louise, 65, où il est fait élection de domicile,

contre

UNION EUROPÉENNE, représentée par la Commission européenne, dont les bureaux sont établis à Bruxelles, rue de la Loi, 200, inscrite à la banque-carrefour des entreprises sous le numéro 0949.383.342,

défenderesse en cassation,

représentée par Maître Simone Nudelholc, avocat à la Cour de cassation, dont le cabinet est établi à Bruxelles, boulevard de l'Empereur, 3, où il est fait élection de domicile.

I. La procédure devant la Cour

Le pourvoi en cassation est dirigé contre le jugement rendu le 17 juin 2021 par le tribunal de première instance francophone de Bruxelles, statuant en dernier ressort.

Par ordonnance du 8 mars 2023, le premier président a renvoyé la cause devant la troisième chambre.

Le 9 mars 2023, l'avocat général Hugo Mormont a déposé des conclusions au greffe.

Le conseiller Marie-Claire Ernotte a fait rapport et l'avocat général Hugo Mormont a été entendu en ses conclusions.

II. Le moyen de cassation

Dans la requête en cassation, jointe au présent arrêt en copie certifiée conforme, les demanderesses présentent un moyen.

III. La décision de la Cour

Sur le moyen :

Quant à la première branche :

En vertu de l'article 1681 du Code judiciaire, une convention d'arbitrage est une convention par laquelle les parties soumettent à l'arbitrage un différend existant entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé.

Suivant l'article 1700, §§ 1^{er} et 2, de ce code, les parties peuvent convenir de la procédure à suivre par le tribunal arbitral et, faute d'une telle convention, le tribunal arbitral peut, sous réserve des dispositions de la sixième partie du Code judiciaire, fixer les règles de procédure applicables à l'arbitrage comme il le juge approprié.

En vertu de l'article 2 du même code, les règles énoncées dans le Code judiciaire s'appliquent à toutes les procédures, sauf lorsque celles-ci sont régies par des dispositions légales non expressément abrogées ou par des principes de droit dont l'application n'est pas compatible avec celles des dispositions de ce code.

L'article 11, alinéa 1^{er}, de ce code dispose que les juges ne peuvent déléguer leur juridiction.

Il suit de la combinaison de ces dispositions que, à l'exception de la sixième partie du Code judiciaire, les dispositions de ce code, dont l'interdiction pour les juges de déléguer leur juridiction, ne s'appliquent pas à la procédure d'arbitrage.

Le moyen, qui, en cette branche est tout entier fondé sur le soutènement contraire, manque en droit.

Quant à la seconde branche :

Quant au second rameau :

Le jugement attaqué énonce que, « dans le cadre de l'arbitrage de la Chambre de commerce internationale » mis en œuvre par les parties, « le tribunal arbitral a proposé [à celles-ci le 29 mars 2019] de s'adjoindre l'aide d'une secrétaire administrative [...], également collaboratrice au sein du cabinet d'avocats [du président du tribunal arbitral] », que cette dernière « s'est engagée à agir conformément à la 'note aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l'arbitrage selon le Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale telle qu'[elle était] en vigueur à l'époque », que « le tribunal arbitral

s'est également lui-même engagé à veiller au respect de cette note » et que « les parties ont marqué leur accord sur cette désignation ».

Le jugement attaqué relève que « la fonction du secrétaire administratif est définie par la 'note aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l'arbitrage selon le Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale' aux articles 183 à 188 » et que « l'article 185 précise que, 'nonobstant ce qui précède, un secrétaire administratif peut accomplir des tâches relatives à l'organisation et à la gestion telles que [...] la préparation de projets d'ordonnances de procédure ainsi que la rédaction des parties factuelles d'une sentence (par exemple résumé de la procédure, chronologie des faits, synthèse des positions des parties) qui seront soumis à l'examen du tribunal arbitral ; la participation aux audiences, réunions et délibérations du tribunal arbitral ; la prise de notes [...] ; les recherches juridiques ou autres ».

Il considère qu'« il ressort de cette disposition [que] le secrétaire administratif peut être amené à effectuer un travail intellectuel dont l'impact est susceptible d'affecter la prise de décision », dès lors qu'il « effectu[e] des recherches juridiques, rédig[e] des parties factuelles de la sentence ou pren[d] des notes à l'occasion des délibérations », mais que la note pose « plusieurs balises aptes à prévenir le risque de délégation du pouvoir de juger au secrétaire administratif ».

Il souligne qu'« ainsi, la note de la Chambre de commerce internationale insiste sur le fait que l'assistance d'un secrétaire administratif ne dispense pas le tribunal arbitral d'examiner personnellement le dossier qui lui est soumis » et que c'est « en ce sens » que l'article 184 « prévoit [...] que 'les tâches confiées au secrétaire administratif ne sauraient en aucune circonstance décharger le tribunal arbitral de son obligation d'examiner personnellement le dossier. Le tribunal arbitral ne saurait en aucun cas déléguer ses fonctions décisionnelles à un secrétaire administratif pas plus qu'un tribunal arbitral ne doit s'appuyer sur un secrétaire administratif afin qu'il exerce pour son compte les attributions essentielles d'un arbitre' ».

S'agissant de la question de « la rédaction de tout ou partie de la sentence par le secrétaire administratif », le jugement attaqué relève que « l'article 187 de

la note de la Chambre de commerce internationale indique quant à lui : ‘le fait pour un tribunal arbitral de demander au secrétaire administratif de préparer des notes écrites ou des mémorandums ne pourra en aucun cas dispenser le tribunal arbitral de son obligation de revoir personnellement le dossier et/ou de rédiger lui-même toute décision du tribunal arbitral’ » et considère qu’ « en utilisant les termes ‘et/ou’, l’article 187 précité autorise implicitement mais certainement le secrétaire administratif à rédiger tout ou partie d’un projet de sentence, à charge pour le tribunal arbitral de revoir personnellement le dossier et valider ou corriger ledit projet à la lumière de son examen du dossier » et que, si la Chambre de commerce internationale « avait voulu exclure la rédaction [...] par le secrétaire administratif », elle « n’aurait pas utilisé ces termes alternatifs ‘et/ou’ » et qu’elle « organise elle-même des formations à la rédaction de sentences exécutoires (ou *advanced level training on drafting enforceable awards*) à l’attention des secrétaires administratifs ».

Par ces énonciations, le jugement attaqué, qui donne à connaître que l’interdiction pour le tribunal arbitral de déléguer ses fonctions juridictionnelles ne fait pas obstacle à ce que le secrétaire administratif prépare des notes et mémorandums qui, soit feront partie de la sentence après que le tribunal arbitral les aura, sur la base de son examen personnel du dossier, revus, corrigés et validés, soit serviront de base à l’établissement par ce tribunal, après ce même examen personnel, de la sentence, ne donne pas des dispositions précitées de la note litigieuse une interprétation inconciliable avec leurs termes, partant, ne viole pas la foi due à l’acte qui les renferme.

Il reconnaît ainsi à ces dispositions les effets que, dans l’interprétation qu’il en donne, elles ont légalement entre les parties.

Le moyen, en ce rameau, ne peut être accueilli.

Quant au premier rameau :

D’une part, le moyen, qui, en ce rameau, fait grief au jugement attaqué d’admettre que, contrairement à ce que prévoit la note de la Chambre de commerce internationale, le tribunal arbitral peut déléguer au secrétaire

administratif la rédaction d'une partie de la sentence arbitrale et de la liste de questions à poser aux experts, est déduit des illégalités vainement dénoncées par le second rameau.

D'autre part, s'il invoque la violation de la notion légale d'*intuitu personae*, le moyen, en ce rameau, n'indique pas la disposition légale qui serait violée.

Le moyen, en ce rameau, est irrecevable.

Par ces motifs,

La Cour

Rejette le pourvoi ;

Condamne les demanderesses aux dépens.

Les dépens taxés à la somme de six cent vingt-six euros septante et un centimes envers les parties demanderesses, y compris la somme de vingt-deux euros au profit du fonds budgétaire relatif à l'aide juridique de deuxième ligne, et à la somme de six cent cinquante euros due à l'État au titre de mise au rôle.

Ainsi jugé par la Cour de cassation, troisième chambre, à Bruxelles, où siégeaient le président de section Christian Storck, président, les présidents de section Mireille Delange et Michel Lemal, les conseillers Marie-Claire Ernotte et Simon Claisse, et prononcé en audience publique du vingt-quatre avril deux mille vingt-trois par le président de section Christian Storck, en présence de l'avocat général Hugo Mormont, avec l'assistance du greffier Lutgarde Body.

L. Body

S. Claisse

M.-Cl. Ernotte

M. Lemal

M. Delange

Chr. Storck

Requête

Requête en cassation

Pour :

1. **EMEK INŞAAT ŞTİ LDT**, société de droit chypriote, dont le siège social est situé à Chypre, Nicosie, Şht Hikmet Rezvan Sokak 5, enregistrée au registre du commerce sous le numéro MŞ 00381,

2. **WTE WASSERTECHNIK GMBH**, société de droit allemand, dont le siège social est situé en Allemagne, 45136 Essen, à Ruhrallee 185, enregistrée au registre du commerce sous le numéro HRB 10153

demandereses en cassation,

assistées et représentées par M^e Werner DERIJCKE, avocat à la Cour de cassation soussigné, dont le cabinet est établi à 1050 Bruxelles, avenue Louise 65 boîte 11, où il est élu domicile.

Contre :

L'UNION EUROPÉENNE, représentée par la **COMMISSION EUROPÉENNE** enregistrée à la Banque-Carrefour des Entreprises sous le numéro 0949.383.342, dont les bureaux sont établis à 1049 Bruxelles (CEE - Commission), rue de la Loi 200,

défenderesse en cassation.

★★★

A Madame le premier président, Monsieur le président, Mesdames et Messieurs les conseillers qui composent la Cour de cassation,

Mesdames,
Messieurs,

La demanderesse a l'honneur de soumettre à votre censure le jugement contradictoirement prononcé entre parties par la quatrième chambre, affaires civiles, du tribunal de première instance francophone de Bruxelles, le **17 juin 2021** (rôle général n° 20/2745/A).

★ ★ ★

Les faits de la cause et les antécédents de la procédure, tels qu'ils résultent des pièces auxquelles votre Cour peut avoir égard, se résument comme suit.

Le litige porte sur l'annulation d'une sentence arbitrale partielle en raison du rôle joué par la secrétaire administrative pendant la procédure arbitrale. En effet, la secrétaire administrative a outrepassé son mandat en assumant des tâches décisionnelles essentielles telles que la rédaction de la liste des questions qui ont été posées aux experts et la rédaction de tout ou partie des sections décisionnelles de la sentence arbitrale partielle. Le tribunal arbitral a donc délégué ses fonctions juridictionnelles à la secrétaire administrative. Une telle délégation est pourtant interdite, tant en vertu des principes généraux de l'arbitrage international, que des règles de la CCI. Une simple relecture par le tribunal arbitral du travail de la secrétaire administrative ne saurait, par ailleurs, suffire à couvrir cette illégalité.

1. Le **20 octobre 2009**, la défenderesse en tant que maître de l'ouvrage d'une part, et les demanderesse en tant qu'entrepreneurs d'autre part, ont conclu un contrat pour la construction de réseaux d'égouts et de distribution d'eau et de stations de pompages à Famagouste, Chypre.
2. À la suite de la découverte d'eau saline dans la station d'épuration des eaux usées, ainsi qu'à différents autres endroits du réseau d'égout, plusieurs études de drainage par CCTV ont été réalisées sur le réseau d'égout dès le mois d'avril 2012. Ces études ont révélé la présence de certains défauts dans le réseau d'égoutage, soit (i) l'obstruction de tuyaux, (ii) des pentes inversées, (iii) des déformations, (iii) des fissures et fractures de certains tuyaux, (IV) des défauts au niveau des raccordements et joints des tuyaux, (v) ainsi que la présence d'eaux souterraines salines. Les stations de pompages ont également révélé divers défauts.

3. Les parties se sont opposées sur la question de l'origine de ces malfaçons, cause du différend né entre elles ayant conduit à la procédure d'arbitrage.
4. En avril 2014, préalablement à l'introduction d'un arbitrage, et conformément à ce qui est prévu à l'article 20.2 des conditions générales du contrat liant les parties, celles-ci ont soumis leur différend à un *adjudicateur*¹.
5. Par une décision du **3 juillet 2014**, l'*adjudicateur* a considéré que les défauts du réseau d'égouts résultaient d'une responsabilité partagée, mais majoritairement à charge de l'Union européenne (65% pour la défenderesse contre 35% pour les demanderessees).
6. En conséquence, l'*adjudicateur* a condamné la défenderesse au paiement de la somme de 5.862.506,44 euros au profit des demanderessees, tandis que les demanderessees ont été condamnés à payer 423.014,85 euros à la défenderesse.
 - (i) La défenderesse a procédé à un paiement partiel d'un montant de 2.256.179,81 euros.
7. Le **28 juillet 2014**, la défenderesse a soumis un « *avis de désaccord* » à l'encontre de la décision rendue par l'*adjudicateur*, conformément à l'article 20.4 des conditions générales du Contrat.
8. Le **15 septembre 2017**, la défenderesse a déposé une *demande d'arbitrage* auprès de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale CCI, sur la base de l'article 20.6 des conditions générales du contrat liant les parties.
 - (ii) Ce contrat désigne le droit de l'Union européenne, complété par le droit belge, en tant que droit applicable au contrat qui lie les parties.
9. Aux termes de sa *demande d'arbitrage*, la défenderesse sollicitait du tribunal arbitral qu'il condamnât solidairement les demanderessees au paiement :
 - des coûts nécessaires pour la réparation du réseau d'égouts ;
 - des coûts résultant des défauts affectant les stations de pompage ;
 - des coûts qui se sont révélés nécessaires pour évaluer l'étendue des défauts et des réparations nécessaires.

¹ L'*adjudication* est un mode alternatif de résolution des conflits où, en cas de différend, généralement dans le cadre d'un important contrat de construction, l'*adjudicateur* rend rapidement une tierce décision obligatoire, celle-ci liant définitivement les parties si elle n'est pas contredite au terme d'un arbitrage en bonne et due forme. Sous son apparence française, le mot *adjudication* est ici un anglicisme. En anglais, le verbe *to adjudicate* signifie notamment « *rendre une décision officielle sur la question de savoir qui a raison (dans un litige)* » (traduction libre de « *to make an official decision about who is right in (a dispute)* », <https://www.merriam-webster.com/dictionary/adjudicate>; pour une application récente : Paris, 9 mars 2021, R.G. n° G : 19/044107, www.legifrance.gouv.fr).

10. Le **1^{er} décembre 2017**, les demanderesses ont déposé leur *réponse à la demande d'arbitrage* en incluant leurs demandes reconventionnelles.
- (iii) Les demanderesses ont notamment sollicité du tribunal arbitral qu'il :
- déclarât que les défauts affectant le réseau d'égouts et les stations de pompage relevaient de la responsabilité de la défenderesse et non de la leur;
 - condannât la défenderesse au paiement de coûts résultant de ces défauts et de toutes autres sommes qui leur seraient dues au titre des autres demandes ;
 - ordonnât à la défenderesse de verser immédiatement la somme de 3.143.481,48 euros au titre de dommages-intérêts provisoires, majorée des intérêts et des frais financiers, des autres frais de défense et des autres frais encourus en raison du fait que l'Union n'a pas exécuté la décision de l'*arbitrateur*.
11. D'un commun accord, les parties à l'arbitrage ont désigné le Dr. A. R., comme président du tribunal arbitral. Cette désignation a été confirmée le **18 janvier 2018** par le secrétariat de la CCI.
12. En **février 2018**, l'*acte de mission* a été signé par les parties et le tribunal arbitral.
13. Le **29 mars 2019**, le tribunal arbitral a proposé aux parties de s'adjoindre l'aide d'une secrétaire administrative, en la personne de Madame T. M., également collaboratrice au sein du cabinet d'avocats de Monsieur A. R.
14. Le même jour, Madame T. M. s'est engagée à agir conformément à la « *Note aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l'arbitrage selon le Règlement d'arbitrage CCI* » telle qu'en vigueur à l'époque.
- (iv) Le tribunal arbitral s'est également lui-même engagé à veiller au respect de cette Note.
15. Le **1^{er} avril 2019**, les parties ont marqué leur accord sur cette désignation.
16. Les parties ont ensuite échangé leurs mémoires et des audiences de plaidoiries s'est tenue du 13 au 16 mai 2019 à Bruxelles.
17. Le **11 février 2020**, le tribunal arbitral a prononcé une sentence partielle par laquelle il a statué sur les responsabilités respectives des parties, attribuant environ 60% de la responsabilité aux demanderesses et 40% à la défenderesse.
18. Le **4 mars 2020**, Monsieur A. R. a interpellé les parties sur la suite de la procédure et plus particulièrement sur le délai nécessaire aux parties pour préparer les étapes ultérieures de celle-ci.

19. Par un courriel du **20 mars 2020**, les demanderesse ont posé deux questions à chaque membre du tribunal arbitral sur le rôle qu'avait tenu la secrétaire administrative du tribunal arbitral au cours de la procédure arbitrale.

(v) Ces questions étaient formulées comme suit :

« A. La secrétaire du [t]ribunal arbitral a-t-elle préparé tout ou partie des questions posées par le Président aux témoins experts ?

B. Quel rôle la secrétaire du [t]ribunal arbitral a-t-elle joué dans la préparation de la sentence à partir de la section VI ? »

20. Les trois arbitres ont répondu par courriels séparés le **20 mars 2020**.

La co-arbitre Madame V. v. H. a répondu :

« Cher Maître,

Bien que la demande que chaque arbitre réponde individuellement aux questions est plutôt inhabituelle, j'y réponds parce que je veux éviter tout malentendu possible ou suspicion.

Question 1 : Je n'ai aucun moyen de dire si la secrétaire administrative a préparé certaines ou toutes les questions posées par le président à l'expert qui a témoigné. Selon mon expérience de l'audience, tous les membres du tribunal avaient une connaissance approfondie du dossier et ont posé à l'expert qui témoignait les questions qu'ils ont considérées comme étant pertinentes.

Question 2 : Les trois membres du Tribunal arbitral ont travaillé de manière collégiale à la préparation du projet par le biais d'échanges continus et intenses de sections du projet et de commentaires sur ces sections et quand nécessaire des discussions téléphoniques. La secrétaire administrative était mise en copie de ces échanges »

L'autre co-arbitre, Monsieur J.-M. V., a quant à lui répondu :

« Je réponds aux questions ci-dessous :

1 [...] La question a été traitée par le président. Je peux ajouter que chaque membre du tribunal a préparé sa propre liste de questions à l'expert qui témoignait.

2 [...] la présence de la secrétaire administrative durant les délibérations (conférences téléphoniques) avait été annoncée et acceptée par les membres du tribunal. La secrétaire administrative n'est pas intervenue au cours des discussions. La sentence est un travail réalisé en trio, exclusivement de manière conjointe et commune, où chaque arbitre a rédigé, discuté et pris des décisions de façon collégiale ».

21. Le président du tribunal arbitral, Monsieur A. R., a quant à lui répondu aux questions de la manière suivante :

« 1) La secrétaire administrative a préparé un projet de liste de questions que j'ai revu.

2) La secrétaire administrative a participé aux conférences téléphoniques entre les membres du Tribunal arbitral à la connaissance des autres arbitres, mais sans participer aux discussions. La secrétaire administrative m'a également assisté dans le processus de rédaction, mais il n'y a pas une seule phrase dans la sentence et pas une seule note de bas de page qui n'aurait pas été au moins revue, vérifiée et si nécessaire corrigée par moi à la lumière de mon point de vue et des délibérations du [t]ribunal arbitral ».

22. Le même jour, les demanderesses ont réagi au courriel de Monsieur A. R. comme suit :

« Cher Monsieur R.,

Merci pour votre réponse. Un des aspects les plus importants du Due Process concerne la manière par laquelle la décision selon laquelle les déformations de 0 à 5% constituait une preuve d'un compactage insuffisant a été prise, contrairement à tout ce que nous et nos experts avons dit et contrairement à l'incapacité indiquée par le [t]ribunal arbitral de distinguer les déformations au-dessus et en-dessous de 3% Cette conclusion était fondée sur une ligne du rapport Teppfa sur laquelle aucune partie ne s'était appuyée ni aucun expert avant ou pendant l'audience. L'idée selon laquelle cette ligne permet de montrer que les déformations au-dessus de 2% sont la preuve d'une compaction insuffisante n'a pas été posée à notre expert. Si vous aviez apprécié les implications de cette question ou du rôle critique que cette ligne dans ce rapport pouvait avoir sur votre sentence, il n'y a aucun doute que vous vous seriez assuré que [les demanderesses en cassation] et [leurs] experts avaient eu une chance de traiter de cette question.

Nous pensons que la question avait été préparée par la secrétaire administrative. Et que l'élément correspondant de la sentence a aussi été préparé par la secrétaire administrative.

Nous vous remercions de bien vouloir confirmer ce point ou faire des observations ».

23. Le **23 mars 2020**, Monsieur A. R. a répondu comme suit au courriel précité:

« En réponse à vos deux questions additionnelles :

N° 1 : le rapport Teppfa a été déposé comme Exhibit A au second rapport de l'expert Monsieur C. et il a été fait référence à ce rapport et ce dernier

a été partiellement reproduit par Monsieur C. dans les paragraphes 3.44 à 3.49 et dans les paragraphes 42.9 à 42.10 de son deuxième rapport d'expert. Je n'ai pas eu besoin de la secrétaire administrative pour voir la pertinence potentielle de ce rapport. N° 2 : la réponse est non »

24. Le **7 avril 2020**, les demanderessees ont adressé un nouveau message au président du tribunal arbitral ainsi qu'à la secrétaire administrative et à la conseillère de la CCI en indiquant :

« [Les demanderessees en cassation] [ont] des préoccupations sérieuses concernant le respect par le tribunal et la secrétaire administrative de leur engagement de mars 2019 quand la secrétaire administrative a été désignée. Ces préoccupations découlent initialement de la déclaration du Docteur R. le 20 mars 2020 que la secrétaire administrative avait préparé les questions pour le Docteur R. à poser à l'expert qui témoignait à l'audience ; et que la secrétaire administrative avait porté assistance dans le contexte de la rédaction de sections contenant la décision dans la sentence. À la seule lumière de cette déclaration, celle-ci semble admettre des violations de la note de la CCI aux parties que le [t]ribunal et la secrétaire administrative s'étaient engagés à respecter. Nous demandons que les faits soient établis de manière rapide et transparente. Comme première étape, nous demandons une copie des documents suivants :

1. Les fiches d'entrée de temps ou tout autre document enregistrant le temps passé par la secrétaire administrative depuis mars 2019 dans la mesure où ces documents montreront combien de temps a été consacré aux différentes phases de l'arbitrage et pour la réalisation de quelles activités. Il sera important que ces documents montrent ou soient annotés (a) pour montrer le temps consacré à l'étude du dossier en vue de préparer les questions pour le président et à la préparation de ces questions ; (b) pour distinguer le temps passé à travailler sur les sections procédurales 1 à 5 de la sentence et le temps passé sur les sections 6 à 9 de la décision.

2. Les listes des questions préparées par la secrétaire administrative du tribunal et ;

3. Le projet ou les projets préparés par la secrétaire administrative alors qu'elle assistait le président dans la rédaction des sections 6 à 9 de la sentence. En complément, nous serions reconnaissants si vous pouviez indiquer si le [t]ribunal arbitral a demandé toute assistance du secrétariat sur le rôle de la secrétaire administrative ».

25. M. A. R. a refusé de communiquer les documents demandés ; Mme T. M. n'a pas répondu à cette demande. Par un courriel du **8 avril 2020**, le secrétariat de la CCI a indiqué aux demanderessees que le récapitulatif des heures prestées était confidentiel et qu'il fallait s'adresser directement au tribunal arbitral pour obtenir des informations plus détaillées concernant les dépenses.

26. Le **9 avril 2020**, les demanderesses ont répondu au courriel du 4 mars 2020 du tribunal arbitral (ci-dessus, n° 18) en estimant que l'organisation de la suite de la procédure était prématurée.

27. Par un courrier du **10 avril 2020**, Monsieur A. R. a soumis sa démission à la CCI en ces termes :

« Vous avez sans aucun doute pu prendre connaissance de la récente « demande au titre de l'Article 36 » des [demanderesses en cassation]. L'Article 36 du règlement CCI autorise les demandes pour la correction d'erreurs matérielles, de calculs ou de typographie ou de toute erreur de même nature contenue dans une sentence, ainsi que les demandes d'interprétation d'une sentence.

En réalité toutefois, la demande des [demanderesses en cassation] consiste essentiellement à exprimer leur désaccord et leur critique sur certaines décisions contenues dans la sentence du 11 février 2020 [...]

Malheureusement, les critiques des [demanderesses en cassation] qu'elles soient justifiées ou non sont exprimées dans des termes que je trouve assez agressifs, voire vexatoires, de sorte que je suis arrivé à la conclusion que je ne devrais pas continuer à agir en tant qu'arbitre dans la deuxième phase de cet arbitrage.

J'ai cependant hésité à démissionner avant ou après avoir statué, avec les co-arbitres, sur la « demande de la demanderesse de correction de la sentence partielle » et sur la « demande des [demanderesses en cassation] au titre de l'article 36 ».

Dans l'intervalle, j'ai reçu la communication des [demanderesses en cassation] du 7 avril 2020 contenant des demandes assez extraordinaires, sans précédent, et inadmissibles.

À aucun moment de la procédure Madame M. n'a excédé son rôle et ses fonctions de secrétaire administrative.

Compte tenu de l'attitude des [demanderesses en cassation], j'ai toutefois décidé de ne pas reporter ma démission jusqu'à la fin de la procédure de traitement des demandes des Parties.

Je ne suis pas habitué à travailler dans une ambiance d'accusation et de méfiance. En outre, je ne me sens plus suffisamment impartial à l'égard des deux parties dans cet arbitrage. J'estime donc qu'il est approprié et juste de démissionner dès aujourd'hui de ma fonction d'arbitre dans ce dossier ».

28. Le **16 avril 2020**, la CCI a indiqué qu'elle allait examiner la démission du président du tribunal arbitral et déterminer, le cas échéant, les honoraires de cet arbitre lors de sa prochaine session.

29. Le **18 avril 2020**, les demanderesse ont répondu à la démission de Monsieur A. R. en ces termes :

« Nous comprenons maintenant que votre démission ne sera pas effective tant qu'elle n'aura pas été confirmée par la Cour de la CCI. Nous nous excusons de ne pas vous avoir inclus dans un récent courriel, à présent en pièce jointe.

Comme vous le constaterez, il nous est impossible de réconcilier vos déclarations du 20 mars 2020 avec l'affirmation contenue dans votre lettre de démission selon laquelle "à aucun moment de la procédure, Mme M. n'a excédé son rôle et ses fonctions de secrétaire administrative". Il nous semble que la rédaction des questions aux experts, l'examen du dossier nécessaire à la rédaction de ces questions et la préparation des premiers projets de sections décisionnelles de la sentence sont autant de violations manifestes de la Note aux parties que Mme M. et vous-même vous êtes engagés à respecter.

Pour parvenir à la vérité, nous devons savoir ce qui s'est passé. Les demandes "assez extraordinaires, sans précédent et inadmissibles", comme vous les appelez, sont raisonnables et nécessaires pour établir cette vérité. Nous acceptons que l'enquête sur les fautes apparentes pourrait dans une certaine mesure entrer en conflit avec la confidentialité des travaux du [t]ribunal, mais il faut les réconcilier. En effet, l'un des objectifs de la Note de la CCI de 2019 est d'augmenter la transparence.

1. Le récapitulatif des heures prestées par Mme M. ne devrait pas être confidentiel et révélera l'étendue de son activité après l'audience ainsi qu'avant.

2. La liste des questions ne sont pas confidentielles, du moins dans la mesure où elles ont été posées par la suite : elles figurent dans le compte-rendu intégral d'audience. Dans la mesure où vous avez choisi de ne pas poser certaines questions, pourquoi ces questions rejetées seraient-elles confidentielles ?

3. En ce qui concerne les projets pour les sections VI et suivantes [de la sentence] préparés par Mme M., si, comme vous le suggérez, la Secrétaire administrative n'a pas outrepassé son mandat, il n'y a aucune raison pour que vous ne les communiquiez pas. Ils ne seraient confidentiels que si ces projets contenaient des projets de raisonnement et de décisions. Veuillez confirmer.

Une fois de plus, nous vous demandons de nous faire parvenir une copie des engagements pris par le [t]ribunal et supposés être joints à votre courrier électronique du 29 mars 2019. Nous restons dans l'expectative de votre réponse ».

30. A l'occasion de sa session du **23 avril 2020**, la CCI a accepté la démission de Monsieur R. et invité les parties à désigner conjointement un nouveau président du tribunal arbitral.
31. Par citation signifiée le **18 mai 2020**, les demanderesse ont assigné la défenderesse devant le tribunal de première instance francophone de Bruxelles en vue d'obtenir l'annulation de la sentence partielle prononcée le 11 février 2020 par le tribunal arbitral
32. Par le jugement attaqué, rendu le **17 juin 2021**, le tribunal de première instance francophone de Bruxelles a déclaré la demande d'annulation de la sentence partielle du 11 février 2020 non fondée.

★ ★ ★

A l'appui de son pourvoi, la demanderesse croit pouvoir vous proposer le moyen unique de cassation suivant.

Moyen unique de cassation

Dispositions légales violées

- Article 149 de la Constitution ;
- Articles 8.17 et 8.18 du code civil tels qu'insérés par la loi du 13 avril 2019 portant création d'un Code civil et y insérant un livre 8 " La preuve " ;
- Articles 2, 11, alinéa 1^{er}, 1681, 1700, 1717, § 2, § 3, spécialement a), v), et b), ii), du code judiciaire;
- Article 1134 de l'ancien code civil ;
- Les notions légales d' « ordre public » et d'« *intuitu personae* ».

Décision attaquée et motifs critiqués

Le jugement attaqué (i) déclare la demande d'annulation, formulée par les demanderesses, de la sentence arbitrale prononcée entre parties le 11 février 2020 (arbitrage CCI n° 23090/FS) non fondée ; (ii) condamne les demanderesses aux dépens ainsi qu'au paiement du droit de mise au rôle.

Cette décision est notamment fondée sur les motifs suivants.

A l'appui de leur demande en annulation de la sentence arbitrale litigieuse, rendue sous les auspices de la Chambre de commerce internationale (« CCI ») les demanderesses invoquaient un premier moyen pris de l'irrégularité de la procédure arbitrale. Plus particulièrement, elles faisaient grief au tribunal arbitral d'avoir délégué sa fonction juridictionnelle à la secrétaire administrative.

Le jugement attaqué déclare ce grief non fondé en fondant sa décision sur le raisonnement suivant :

- Le tribunal de première instance résume en ces termes le moyen soulevé par les demanderesses [p. 12 du jugement attaqué]:

« [Les demanderesses] font grief à la secrétaire administrative désignée avec l'accord des parties le 1^{er} avril 2019 d'avoir rédigé la liste de questions posées par le président aux experts durant l'audience et tout ou partie de la section décisionnelle de la sentence partielle.

Les parties demanderesses estiment que cet excès de pouvoir commis par la secrétaire administrative a vicié tant la constitution du [t]ribunal arbitral que la procédure arbitrale et constitue dès lors un motif d'annulation conformément à l'article 1717, § 3, a) v) du Code judiciaire.

Il ressort du courriel de Monsieur R. du 20 mars 2020 que la secrétaire administrative a effectivement rédigé sa liste de questions à poser aux experts à l'audience ainsi qu'une partie de la section VI de la sentence arbitrale comportant notamment les motifs décisionnels du [t]ribunal arbitral. »

- Le tribunal se penche ensuite sur le rapport *intuitu personae* entre l'arbitre et les parties et ce qu'il signifie en pratique [pp. 12-13 du jugement attaqué] :

« Or, un des principes cardinaux de l'arbitrage est le caractère intuitu personae de la désignation d'un arbitre, choisi en raison de ses qualités personnelles, intellectuelles et humaines. Les arbitres désignés s'engagent donc à trancher personnellement le litige qui leur est soumis par les parties, excluant de la sorte toute délégation.

La doctrine enseigne néanmoins qu'en pratique, le [t]ribunal arbitral a recours de plus en plus fréquemment à l'assistance d'un(e) secrétaire

administratif(ve) dont les tâches peuvent dépasser le cadre purement administratif et organisationnel. »

- Le tribunal de première instance parcourt alors les dispositions pertinentes de la « *Note aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l'Arbitrage selon le Règlement d'arbitrage CCI* » (ci-après la « *Note CCI* »), auxquelles les parties ont soumis leur arbitrage et interprète ces dispositions comme étant compatibles avec le rôle joué par la secrétaire administrative pendant la procédure arbitrale litigieuse. Il estime notamment que la Note CCI ne faisait pas obstacle à ce que la secrétaire administrative réalise des tâches dépassant le cadre purement administratif et susceptibles d'avoir une influence sur la décision finale.

Ainsi, selon le tribunal de première instance, la Note CCI autorise un secrétaire administratif à rédiger tout ou une partie de la sentence arbitrale [pp. 13-14 du jugement attaqué] :

« Dans le cadre d'un arbitrage CCI comme en l'espèce, la fonction du secrétaire administratif est définie par la "Note aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l'Arbitrage selon le Règlement d'arbitrage CCI" (ci-après la "Note CCI") aux articles 183 à 188.

L'article 185 précise ainsi que :

« Nonobstant ce qui précède, un Secrétaire administratif peut accomplir des tâches relatives à l'organisation et à la gestion telles que :

- la transmission de documents et de communications au nom du Tribunal arbitral ;
- l'organisation et la tenue du dossier du Tribunal arbitral ainsi que la localisation de documents ;
- l'organisation d'audiences et de réunions, et servir de liaison avec les parties à cet égard ;
- la rédaction de correspondance à l'intention des parties et son envoi pour le compte du tribunal arbitral ;
- la préparation de projets d'ordonnances de procédure ainsi que la rédaction des parties factuelles d'une sentence (p. ex. résumé de la procédure, chronologie des faits, synthèse des positions des parties) qui seront soumis à l'examen du Tribunal arbitral ;
- la participation aux audiences, réunions et délibérations du Tribunal arbitral, la prise de notes, la réalisation de procès-verbaux, le chronométrage ;
- les recherches juridiques ou autres ; et

- la relecture et la vérification de citations, dates, références dans les ordonnances de procédure et sentences ainsi que la correction d'erreurs typographiques, de grammaire ou de calcul »

Il ressort de cette disposition qu'en effectuant des recherches juridiques, rédigeant des parties factuelles de la sentence ou prenant des notes à l'occasion des délibérations, le secrétaire administratif peut être amené à effectuer un travail intellectuel dont l'impact est susceptible d'affecter la prise de décision.

La Note CCI pose dès lors plusieurs balises aptes prévenir le risque de délégation du pouvoir de juger au secrétaire administratif.

Ainsi, la Note CCI insiste sur le fait que l'assistance d'un secrétaire administratif ne dispense pas le Tribunal arbitral d'examiner personnellement le dossier qui lui est soumis.

L'article 184 de la Note CCI prévoit en ce sens que :

« Les tâches confiées au Secrétaire administratif ne sauraient en aucune circonstance décharger le Tribunal arbitral de son obligation d'examiner personnellement le dossier. Le Tribunal arbitral ne saurait en aucun cas déléguer ses fonctions décisionnelles à un Secrétaire administratif pas plus qu'un Tribunal arbitral ne doit s'appuyer sur un Secrétaire administratif afin qu'il exerce pour son compte les attributions essentielles d'un arbitre ».

L'article 187 de la Note CCI indique quant à lui :

« Le fait pour un Tribunal arbitral de demander au Secrétaire administratif de préparer des notes écrites ou des mémorandums ne pourra en aucun cas dispenser le Tribunal arbitral de son obligation de revoir personnellement le dossier et/ou de rédiger lui-même toute décision du Tribunal arbitral ».

Néanmoins, et contrairement à ce que soutiennent [les demanderesses], en utilisant les termes "et/ou", l'article 187 précité autorise implicitement mais certainement le secrétaire administratif à rédiger tout ou partie d'un projet de sentence, à charge pour le Tribunal arbitral de revoir personnellement le dossier et valider ou corriger ledit projet à la lumière de son examen du dossier.

Autrement dit, la CCI n'aurait pas utilisé ces termes alternatifs « et/ou » si elle avait voulu exclure la rédaction de tout ou partie de la sentence par le secrétaire administratif. »

- Fort de cette conclusion, le tribunal de première instance estime qu'en soumettant leur arbitrage aux règles de la CCI, les parties ont accepté le rôle du secrétaire administratif tel que défini dans la Note CCI :

- *« En outre, le curriculum vitae de Madame M. renseigne que la CCI organise elle-même des formations à la rédaction de sentences exécutoires (ou “Advanced Level Training on 'Drafting Enforceable Awards'”) à l'attention des secrétaires administratifs.*

Par conséquent, en soumettant leur litige à la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, les parties ont souscrit au type d'intervention des secrétaires administratifs tel que prévu par la CCI. » [p. 14 du jugement attaqué]

- *« Par ailleurs, le choix du secrétaire administratif se portera généralement sur un jeune juriste dont le manque d'expérience sera le gage du peu, voire de l'absence, d'influence sur le processus décisionnel. En ce sens, la Cour internationale d'arbitrage de la CCI a refusé la désignation comme secrétaire d'un arbitre renommé qui faisait autorité, le danger étant manifeste que ce secrétaire ne limite pas son rôle à la réalisation de tâches administratives et, au contraire, influence la décision du Tribunal arbitral.*

Enfin, le secrétaire administratif ne peut être désigné qu'avec l'accord des parties et l'article 180 de la Note CCI précise qu'il doit satisfaire aux mêmes conditions d'indépendance et d'impartialité que les arbitres.

En l'espèce, les parties ont consenti à la désignation de Madame M. en tant que secrétaire administrative après avoir pris connaissance de son curriculum vitae dont il ressort qu'elle est âgée d'une trentaine d'années et avocate depuis 9 ans. Ce curriculum vitae indique également que Madame M. a suivi plusieurs formations en matière d'arbitrage, notamment à la CCI où elle a suivi des formations spécifiques pour secrétaires administratifs.

Les parties ont également marqué leur accord sur l'application de la Note CCI à leur procédure d'arbitrage. » [p. 15 du jugement attaqué]

- Pour le surplus, le tribunal considère que la rédaction de la liste des questions posées par le président du tribunal arbitral et de certaines parties de la sentence arbitrale ne permet pas de conclure que le tribunal arbitral aurait délégué ses fonctions juridictionnelles à la secrétaire administrative [pp. 14-16 du jugement attaqué] :

« En tout état de cause, le seul fait de confier au secrétaire administratif la rédaction de tout ou partie de la sentence ou d'une liste de question aux experts ne suffit pas, en soi, à démontrer une délégation du pouvoir décisionnel des arbitres.

Tout dépend en réalité de la manière avec laquelle l'arbitre conçoit et exerce sa mission. Pour certains, "l'acte d'écrire est la sauvegarde ultime du contrôle intellectuel". Pour d'autre, le même degré de contrôle sur l'acte décisionnel peut être atteint sans avoir rédigé le premier projet. Il est question en définitive de l'intégrité et de la conscience professionnelle de l'arbitre lui-même que les parties ont précisément choisi pour ses qualités.

(...)

Néanmoins, [les demanderesses] déduisent un premier indice de délégation de pouvoir dans le fait que, selon eux, « lors de l'audience de plaidoiries, le Président semblait ne pas connaître les questions figurant sur sa liste de questions à poser aux experts techniques ».

Force est toutefois de constater que la lecture des retranscriptions d'audience déposées ne permet pas d'observer une quelconque méconnaissance des questions à poser dans le chef de Monsieur R. Pour le surplus, [les demanderesses] n'apportent aucun autre élément qui viendrait objectiver ces allégations.

Par ailleurs, et comme exposé ci-dessus, la seule rédaction de cette liste de question ne suffit pas, en soi, pour établir une délégation de pouvoir décisionnel, alors que Monsieur R. a confirmé avoir revu le projet de liste, c'est-à-dire relu et le cas échéant corrigé ledit projet.

En ce qui concerne la participation de la secrétaire administrative à la rédaction de la section VI, le tribunal constate que la section VI fait près de 200 pages et contient tant des données factuelles que les positions réciproques des parties et l'appréciation du Tribunal arbitrale. Rien ne permet au tribunal de céans de déterminer précisément les passages de ladite section écrits de la plume de Madame M. et ceux qui furent rédigés ou corrigés par Monsieur R.

En outre, dans son courriel du 20 mars 2020, Monsieur R. a déclaré « Il n'y a pas une seule phrase dans la sentence et pas une seule note de bas de page qui n'aurait pas été au moins revue, vérifiée et si nécessaire corrigée par moi à la lumière de mon point de vue et des délibérations du Tribunal arbitral ».

Contrairement à ce que soutiennent [les demanderesses], la relecture et la révision par Monsieur R. du projet de sentence rédigé par Madame M. respecte le cadre d'intervention de la secrétaire administrative posée par la Note CCI et ne témoigne pas d'une délégation du pouvoir décisionnel.

Monsieur V., co-arbitre désigné par [les demanderesses] a déclaré quant à lui que « la présence de la secrétaire administrative durant les délibérations (conférences téléphoniques) avait été annoncée et

acceptée par les membres du tribunal. La secrétaire administrative n'est pas intervenue au cours des discussions. La sentence est un travail réalisé en trio, exclusivement de manière conjointe et commune, où chaque arbitre a rédigé, discuté et pris des décisions de façon collégiale ».

Madame v. H. a déclaré quant à elle que « selon mon expérience de l'audience, tous les membres du tribunal avaient une connaissance approfondie du dossier (...) Les trois membres du [t]ribunal arbitral ont travaillé de manière collégiale à la préparation du projet par le biais d'échanges continus et intenses de sections du projet et de commentaires sur ces sections et quand nécessaire des discussions téléphoniques. La secrétaire administrative était mise en copie de ces échanges ».

Par conséquent, rien ne permet de constater que Madame M. aurait outrepassé les compétences que lui reconnaît la Note CCI ni qu'elle se serait vue déléguer un pouvoir décisionnel par Monsieur R.

Le premier moyen pris de l'irrégularité de la constitution du [t]ribunal arbitral et de la procédure arbitrale n'est dès lors pas fondé. »

Griefs

En vertu de l'article 1717, § 2, du code judiciaire, la sentence arbitrale ne peut être attaquée que devant le tribunal de première instance, par voie de citation. Le § 3, alinéa 1^{er}, du même article ajoute que la sentence arbitrale ne peut être annulée que dans les cas énumérés dans ledit § 3.

1. Première branche

En vertu de l'article 1717, §3, b), ii), du code judiciaire, la sentence arbitrale peut être annulée si elle est contraire à l'ordre public.

Une loi est d'ordre publique lorsqu'elle touche aux intérêts essentiels de l'État ou de la collectivité ou lorsqu'elle fixe, dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société.

Tel est notamment le cas de l'article 11, alinéa 1^{er}, du code judiciaire aux termes duquel les juges ne peuvent déléguer leur juridiction. L'article 2 du code judiciaire dispose que les règles énoncées dans ce code s'appliquent à toutes les procédures, sauf lorsque celles-ci sont régies par des dispositions légales non expressément abrogées ou par des principes de droit dont l'application n'est pas compatible avec celle des dispositions dudit code. L'ensemble des dispositions du

code judiciaire, en ce compris l'article 11 précité, non expressément contredites par une disposition particulière, s'appliquent donc à la procédure d'arbitrage.

Il ressort de l'article 11, alinéa 1^{er}, du code judiciaire que le juge ne peut laisser à quiconque le soin d'exercer ses fonctions juridictionnelles. On peut décrire brièvement le pouvoir juridictionnel comme l'acte de qualifier juridiquement les faits, d'apprécier la solution à donner au litige au fond et d'avoir la maîtrise de l'administration des preuves et de l'instruction de la procédure.

Ainsi, un juge ne peut jamais confier à un tiers la mission de donner son avis sur le bien-fondé des demandes des parties ou sur les aspects juridiques du dossier.

En l'espèce, le jugement attaqué constate que [p. 12, avant-dernier alinéa, du jugement attaqué]:

« la secrétaire administrative a effectivement rédigé [l]a liste de questions à poser [par M. A R., président du tribunal arbitral] aux experts à l'audience ainsi qu'une partie de la section VI de la sentence arbitrale comportant notamment les motifs décisionnels du [t]ribunal arbitral. »

Il ressort de cet extrait qu'il n'est pas contesté que la secrétaire administrative a rédigé :

- (i) la liste des questions que le président du tribunal arbitral a soumises aux experts lors de leur audition par le tribunal arbitral ;
- (ii) une partie de la sentence arbitrale comportant les motifs décisionnels de la sentence, et les questions qui ont été soumises aux experts lors de leur audition par le tribunal arbitral.

Pour ce faire, la secrétaire administrative a nécessairement dû étudier le dossier et prendre position sur la solution à donner au litige tant en droit qu'en fait. Ces tâches sont, pourtant, des attributs exclusifs des magistrats au sens de l'article 184 de la Note CCI. La secrétaire a donc dépassé le cadre des « tâches organisationnelles et administratives » qui lui sont attribuées à l'article 185 de la Note CCI

Il en résulte que le tribunal arbitral a effectivement délégué à la secrétaire administrative des fonctions juridictionnelles.

Or, le jugement attaqué considère que [p. 14 du jugement attaqué]:

« (...) le seul fait de confier au secrétaire administratif la rédaction de tout ou partie de la sentence ou d'une liste de question aux experts ne suffit pas, en soi, à démontrer une délégation du pouvoir décisionnel des arbitres.

Tout dépend en réalité de la manière avec laquelle l'arbitre conçoit et exerce sa mission. Pour certains, « l'acte d'écrire est la sauvegarde ultime du contrôle intellectuel ». Pour d'autre, le même degré de contrôle sur l'acte décisionnel peut être atteint sans avoir rédigé le premier. »

Cette façon de raisonner méconnaît la différence de processus intellectuel entre une rédaction et une relecture. Contrairement à la situation où une personne rédige un texte de bout en bout, en partant directement des faits et du dossier, la personne qui relit le texte de quelqu'un d'autre est nécessairement influencé par le prisme du projet (c'est d'ailleurs ce qu'on attend d'un projet et la raison).

Pareillement, le jugement attaqué minimise le processus intellectuel que demande la préparation d'une liste de questions à poser aux experts. Un tel travail nécessite de s'imprégner du dossier en profondeur et d'en tirer une appréciation personnelle. En reprenant la liste de questions préparée par la secrétaire administrative, le président du tribunal arbitral s'est approprié l'analyse personnelle de celle-ci. Une simple relecture du travail d'autrui ne suffit pas à se forger une appréciation personnelle du dossier.

En d'autres termes, la liste de questions et les parties de la sentence rédigées la secrétaire administrative ne peuvent pas refléter les analyses et perspectives propres du président du tribunal arbitral. Ce dernier a donc délégué des fonctions juridictionnelles essentielles à la secrétaire. La circonstance que le président du tribunal arbitral aurait relu le travail de la secrétaire administrative ne saurait pas changer ce constat.

Il découle de ce qui précède que le tribunal de première instance, alors qu'il constate que la secrétaire administrative a rédigé une partie de la sentence arbitrale et les questions posées aux experts, n'a pas légalement pu décider que le tribunal arbitral n'avait pas délégué sa juridiction à la secrétaire administrative sans violer l'article 11, alinéa 1^{er}, du code judiciaire lu en combinaison avec les articles 2 et 1717, §3, b), ii) du même code ainsi que la notion légale d'ordre public.

2. Seconde branche

Conformément à l'article 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 au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel.

En vertu de l'article 1717, § 3, a, v), du code judiciaire, la sentence arbitrale peut être annulée si la partie en faisant la demande apporte la preuve que la procédure arbitrale, n'a pas été conforme à la convention des parties, étant entendu que cette irrégularité ne peut donner lieu à annulation de la sentence arbitrale s'il est établi qu'elle n'a pas eu d'incidence sur la sentence.

En vertu de l'article 1700, § 1^{er}, du code judiciaire, les parties peuvent en effet convenir de la procédure à suivre par le tribunal arbitral, ce qui est l'application, sinon l'extension, à la procédure arbitrale du principe de la convention-loi contenu à l'article 1134 de l'ancien code civil. En l'occurrence, les parties ont décidé de

suivre les règles de procédure de la Chambre de commerce internationale, ci-après « CCI ».

La « *Note aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l'arbitrage selon le Règlement d'arbitrage CCI* », ci-après « Note CCI », font donc intégralement partie de la « *convention des parties* » régissant la procédure arbitrale au sens des articles 1681, 1700, § 1^{er}, et 1717, §3, a), v), du code judiciaire, pour autant que de besoin lus en combinaison avec l'article 1134 de l'ancien code civil.

1.1. Premier rameau

La relation qui unit l'arbitre à la partie qui l'a désigné est revêtue d'un caractère *intuitu personae* dès lors que l'arbitre est spécialement choisi en raison de son expérience et de ses qualités personnelles.

Les missions qui lui sont confiées ne peuvent ainsi pas être exécutées par un tiers.

De même, l'article 184 de la Note CCI prévoit que « *le tribunal arbitral ne saurait en aucun cas déléguer ses fonctions décisionnelles à un Secrétaire administratif pas plus qu'un tribunal arbitral ne doit s'appuyer sur un Secrétaire administratif afin qu'il exerce pour son compte les attributions essentielles d'un arbitre.* »

La personne qui accepte d'être désignée en tant qu'arbitre, s'engage donc à être disponible pour accomplir personnellement la mission que les parties lui ont attribuée.

Les arbitres assument une fonction de nature juridictionnelle. Les droits et pouvoirs d'un arbitre sont à rapprocher de ceux attribués à un magistrat étatique. Il revient, en effet, aux arbitres de trancher le différend, défini dans leur acte de mission, qui oppose les parties selon la loi et les règles de procédure choisies par les parties – en l'occurrence le droit belge et le règlement CCI.

En l'espèce, le tribunal arbitral s'était adjoint un secrétaire administratif, soit une sorte de greffier.

Le secrétaire administratif, dans la procédure CCI, est affecté à des tâches administratives et organisationnelles. Son rôle est précisé dans une note émanant de la CCI intitulée *Note aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l'arbitrage selon le règlement d'arbitrage CCI* ». Il s'agit de ce que le jugement attaqué et le présent pourvoi appellent « la Note CCI » et dont une copie certifiée conforme par l'avocat à la Cour de cassation soussigné est jointe au présent pourvoi. Le jugement attaqué, sans être contesté sur ce point, relève que « *[l]es parties ont ... marqué leur accord sur l'application de la Note CCI à leur procédure d'arbitrage* » [jugement attaqué, p. 15, alinéa 5].

La note CCI prévoit en son article 185 que le secrétaire administratif « *peut accomplir des tâches relatives à l'organisation et à la gestion* telles que :

- *la transmission de documents et de communications au nom du tribunal arbitral ;*
- *l'organisation et la tenue du dossier du tribunal arbitral ainsi que la localisation de documents ;*
- *l'organisation d'audiences et de réunions, et servir de liaison avec les parties à cet égard ;*
- *la rédaction de correspondance à l'intention des parties et son envoi pour le compte du tribunal arbitral ;*
- *la préparation de projets d'ordonnances de procédure ainsi que la rédaction des parties factuelles d'une sentence (p. ex. résumé de la procédure, chronologie des faits, synthèse des positions des parties) qui seront soumis à l'examen du tribunal arbitral ;*
- *la participation aux audiences, réunions et délibérations du tribunal arbitral; la prise de notes, la réalisation de procès-verbaux, le chronométrage ;*
- *les recherches juridiques ou autres ; et*
- *la relecture et la vérification de citations, dates, références dans les ordonnances de procédure et sentences ainsi que la correction d'erreurs typographiques, de grammaire ou de calcul. »*

Il résulte de cet article que le secrétaire administratif ne peut en aucune manière participer à la rédaction des parties non factuelles d'une sentence. Le jugement attaqué considère certes qu'il résulterait de l'article 187 de la Note CCI que le tribunal arbitral pourrait se contenter de valider ou corriger un projet à la lumière de son examen du dossier ; ce n'est cependant pas ce que dit cet article, que le jugement attaqué cite en sa page 14 et qui pose clairement que le tribunal arbitral doit « *rédiger lui-même toute décision du tribunal arbitral* », la possibilité d'un contrôle par révision se bornant à un contrôle du dossier. La Note pose de manière encore plus claire en son article 184 que: « *les tâches confiées au Secrétaire administratif ne sauraient en aucune circonstance décharger le tribunal arbitral de son obligation d'examiner personnellement le dossier. Le tribunal arbitral ne saurait en aucun cas déléguer ses fonctions décisionnelles à un Secrétaire administratif pas plus qu'un tribunal arbitral ne doit s'appuyer sur un Secrétaire administratif afin qu'il exerce pour son compte les attributions essentielles d'un arbitre.* »

En l'espèce, le jugement attaqué part du postulat que la relation parties-arbitres a un caractère *intuitu personae* [p.12, dernier alinéa, du jugement attaqué]

« (...) , un des principes cardinaux de l'arbitrage est le caractère intuitu personae de la désignation d'un arbitre, choisi en raison de ses qualités personnelles, intellectuelles et humaines. Les arbitres désignés s'engagent donc à trancher personnellement le litige qui leur est soumis par les parties, excluant de la sorte toute délégation. »

Le tribunal de première instance constate que [p. 12 du jugement attaqué]:

« Il ressort du courriel de Monsieur R. du 20 mars 2020 que la secrétaire administrative a effectivement rédigé sa liste de questions à poser aux experts à l'audience ainsi qu'une partie de la section VI de la sentence arbitrale comportant notamment les motifs décisionnels du [t]ribunal arbitral. »

Par cette considération, le jugement attaqué relève que le rôle de la secrétaire administrative a dépassé le cadre administratif et organisationnel. Celle-ci a été impliquée dans la préparation de l'audition des experts et a assumé, du moins en partie, la formulation finale de la sentence arbitrale. Son mandat a ainsi empiété sur les attributions personnelles du tribunal arbitral.

Il en résulte que tant le tribunal arbitral que la secrétaire administrative ont méconnu les limites qui s'imposaient à l'exercice de leur mission.

Néanmoins, le tribunal de première instance considère que [pp. 14-15 du jugement attaqué]:

« En tout état de cause, le seul fait de confier au secrétaire administratif la rédaction de tout ou partie de la sentence ou d'une liste de question aux experts ne suffit pas, en soi, à démontrer une délégation du pouvoir décisionnel des arbitres.

Tout dépend en réalité de la manière avec laquelle l'arbitre conçoit et exerce sa mission. Pour certains, "l'acte d'écrire est la sauvegarde ultime du contrôle intellectuel". Pour d'autre, le même degré de contrôle sur l'acte décisionnel peut être atteint sans avoir rédigé le premier projet. Il est question en définitive de l'intégrité et de la conscience professionnelle de l'arbitre lui-même que les parties ont précisément choisi pour ses qualités. »

Le tribunal de première instance, au terme de son analyse, estime que [pp. 15-16 du jugement attaqué, les demanderesses soulignent] :

« En ce qui concerne la participation de la secrétaire administrative à la rédaction de la section VI, le tribunal [de première instance] constate que la section VI fait près de 200 pages et contient tant des données factuelles que les positions réciproques des parties et l'appréciation du [t]ribunal arbitral. Rien ne permet au tribunal de [première instance] de déterminer précisément les passages de ladite section écrits de la plume de Madame M. et ceux qui furent rédigés ou corrigés par Monsieur R.

En outre, dans son courriel du 20 mars 2020, Monsieur R. a déclaré « Il n'y a pas une seule phrase dans la sentence et pas une seule note de bas de page qui n'aurait pas été au moins revue, vérifiée et si nécessaire corrigée par moi à la lumière de mon point de vue et des délibérations du [t]ribunal arbitral. »

Contrairement à ce que soutiennent [les demanderesse], la relecture et la révision par Monsieur R. du projet de sentence rédigé par Madame M. respecte le cadre d'intervention de la secrétaire administrative posée par la Note CCI et ne témoigne pas d'une délégation du pouvoir décisionnel. »

Et le tribunal de première instance de conclure que :

« Par conséquent, rien ne permet de constater que Madame M. aurait outrepassé les compétences que lui reconnaît la Note CCI ni qu'elle se serait vue déléguer un pouvoir décisionnel par Monsieur R. »

Le jugement attaqué décide donc la secrétaire administrative et les arbitres ont respecté leurs missions respectives de sorte que la procédure arbitrale s'est déroulée de manière conforme à la convention des parties, qui avaient soumis la procédure au Règlement CCI et à la Note CCI.

D'où il résulte que :

- Le jugement attaqué n'a pas pu légalement décider que la procédure arbitrale était conforme à la convention des parties, dès lors qu'il constate que la secrétaire administrative a participé à la rédaction de la liste de questions posées aux experts et de la sentence arbitrale et que la Note CCI interdit au tribunal arbitral de déléguer ses fonctions décisionnelles et les attributs essentiels d'un arbitre au secrétaire administratif, sans violer les articles 1681, 1700, § 1^{er}, et 1717, §3, a), v), du code judiciaire, pour autant que de besoin lus en combinaison avec l'article 1134 de l'ancien code civil ;
- En constatant que « *la section VI [de la sentence arbitrale] ... fait près de 200 pages et contient tant des données factuelles que les positions réciproques des parties et l'appréciation du [t]ribunal arbitrale* » et en reconnaissant explicitement que « *[r]ien ne permet au tribunal de céans de déterminer précisément les passages de ladite section écrits de la plume de Madame M. et ceux qui furent rédigés ou corrigés par Monsieur R.* », le tribunal de première instance a nécessairement admis qu'il était dans l'impossibilité de vérifier si la secrétaire administrative avait – en violation de la Note CCI, et spécialement de l'article 185 de celle-ci – participé ou non à la rédaction des parties non factuelles d'une sentence ; en n'annulant pas la sentence litigieuse alors qu'elle mettait le tribunal de première instance dans l'impossibilité d'exercer le contrôle de légalité qui lui

incombait, le jugement attaqué a violé les articles 1681, 1700, § 1^{er}, et 1717, §3, a), v), du code judiciaire, pour autant que de besoin lus en combinaison avec l'article 1134 de l'ancien code civil.

- En estimant conforme à l'esprit du contrat *intuitu personae* qui unit les arbitres du tribunal arbitral à/aux partie(s), le fait de déléguer à la secrétaire administrative la rédaction d'une partie de la sentence arbitrale et la liste de questions à poser aux experts, le jugement attaqué viole la notion légale d'« *intuitu personae* » qui caractérise la mission des arbitres.

1.2. Second rameau

Le juge, dans son examen du litige, ne peut faire mentir un acte, c'est-à-dire y lire quelque chose que cet acte ne dit pas ou omettre d'y lire quelque chose qui s'y trouve : il est tenu de respecter la foi due aux actes (articles 8.17 et 8.18 du code civil).

Il y a violation de la foi due aux actes lorsque l'interprétation de l'acte, donnée par le juge, est inconciliable avec les termes même de cet acte. Violer la foi due à un acte, c'est donc lui faire dire autre chose que ce qu'il exprime soit en déniait l'existence d'une mention qui y figure, ou en y lisant une mention qu'il ne contient pas, en bref, « le faire mentir ».

En l'espèce, le jugement attaqué fonde sa décision sur « *la Note aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l'arbitrage selon le Règlement d'arbitrage CCI* » dans sa version du 1^{er} janvier 2019, et plus précisément sur les articles 184 à 187 de cette Note qui définissent le rôle du secrétaire administratif auprès du tribunal arbitral².

Les articles de cette Note concernant les tâches attribuées au secrétaire administratif énoncent ce qui suit [les demanderesse soulignent] :

« 184. *Les tâches confiées au Secrétaire administratif ne sauraient en aucune circonstance décharger le tribunal arbitral de son obligation d'examiner personnellement le dossier. Le tribunal arbitral ne saurait en aucun cas déléguer ses fonctions décisionnelles à un Secrétaire administratif pas plus qu'un tribunal arbitral ne doit s'appuyer sur un Secrétaire administratif afin qu'il exerce pour son compte les attributions essentielles d'un arbitre.*

185. *Nonobstant ce qui précède, un Secrétaire administratif peut accomplir des tâches relatives à l'organisation et à la gestion telles que :*

² La copie – certifiée conforme par l'avocat à la Cour de cassation soussigné – de cette note, telle que déposée par les demanderesse devant le juge du fond figure en pièce jointe au présent pourvoi.

- *la transmission de documents et de communications au nom du tribunal arbitral ;*
- *l'organisation et la tenue du dossier du tribunal arbitral ainsi que la localisation de documents ;*
- *l'organisation d'audiences et de réunions, et servir de liaison avec les parties à cet égard ;*
- *la rédaction de correspondance à l'intention des parties et son envoi pour le compte du tribunal arbitral ;*
- *la préparation de projets d'ordonnances de procédure ainsi que la rédaction des parties factuelles d'une sentence (p. ex. résumé de la procédure, chronologie des faits, synthèse des positions des parties) qui seront soumis à l'examen du tribunal arbitral ;*
- *la participation aux audiences, réunions et délibérations du tribunal arbitral, la prise de notes, la réalisation de procès-verbaux, le chronométrage ;*
- *les recherches juridiques ou autres ; et*
- *la relecture et la vérification de citations, dates, références dans les ordonnances de procédure et sentences ainsi que la correction d'erreurs typographiques, de grammaire ou de calcul.*

...

187. *Le fait pour un tribunal arbitral de demander au Secrétaire administratif de préparer des notes écrites ou des mémorandums ne pourra en aucun cas dispenser le tribunal arbitral de son obligation de revoir personnellement le dossier et/ou de rédiger lui-même toute décision du tribunal arbitral. »*

Le tribunal de première instance considère que:

- *« Il ressort de cette disposition [point 185] qu'en effectuant des recherches Juridiques, rédigeant des parties factuelles de la sentence ou prenant des notes à l'occasion des délibérations, le secrétaire administratif peut être amené à effectuer un travail intellectuel dont l'impact est susceptible d'affecter la prise de décision.*

La Note CCI pose dès lors plusieurs balises aptes prévenir le risque de délégation du pouvoir de juger au secrétaire administratif.

Ainsi, la Note CCI insiste sur le fait que l'assistance d'un secrétaire administratif ne dispense pas le Tribunal arbitral d'examiner personnellement le dossier qui lui est soumis. » [p. 13 du jugement attaqué]

- « Néanmoins, et contrairement à ce que soutiennent [les demanderesses], en utilisant les termes “et/ou”, l'article 187 précité autorise implicitement mais certainement le secrétaire administratif à rédiger tout ou partie d'un projet de sentence, à charge pour le Tribunal arbitral de revoir personnellement le dossier et valider ou corriger ledit projet à la lumière de son examen du dossier. » [p. 14 du jugement attaqué]

Or, ce que dit le tribunal de première instance est incompatible avec la formulation des points 185 et 187 de la Note CCI, laquelle énonce, sans ambiguïté, que le secrétaire administratif doit se cantonner à un rôle administratif et organisationnel.

D'une part, en vertu du point 185, l'intervention du secrétaire administratif dans la sentence doit se limiter à « *la rédaction des parties factuelles* ».

D'autre part, l'article 187 prévoit deux conséquences bien distinctes à la désignation d'un secrétaire administratif, puisque le tribunal arbitral doit :

- *revoir personnellement le dossier,*

et/ou

- *rédiger lui-même toute décision du tribunal arbitral.*

La conjonction de coordination « **ou** » peut désigner :

- (vi) une disjonction exclusive (c'est l'un à l'exclusion de l'autre, une porte est ouverte ou fermée, *aut* en latin),
- (vii) une disjonction inclusive (les deux hypothèses sont possibles et cumulables : cette rue est accessible à pied ou à bicyclette ; *vel* en latin).
- Lorsque l'auteur d'un texte écrit « et/ou », il veut faire savoir qu'il utilise la conjonction de coordination « ou » dans un sens inclusif³ (exemple : *La peur et/ou la misère lui ont fait commettre bien des fautes / Un fromage et/ou un dessert sont compris dans le menu*).

Mais le fait que l'auteur utilise l'inclusion ne change rien au sens des termes coordonnés :

- s'agissant du dossier, le tribunal arbitral doit le revoir ;
- s'agissant de toute décision, le tribunal arbitral doit la rédiger lui-même.

Il n'existe aucun tour de prestidigitation syntaxique qui puisse justifier qu'on fasse porter le verbe « revoir personnellement » non seulement sur le syntagme « le dossier » mais aussi sur le syntagme « toute décision ».

³ S'il veut souligner le sens exclusif, l'auteur n'écrira pas « et/ou » mais « ou bien ».

D'où il résulte qu'en décidant que la procédure arbitrale du Règlement CCI, tel qu'éclairé par la Note CCI, autorisait le secrétaire administratif

- « à effectuer un travail intellectuel dont l'impact est susceptible d'affecter la prise de décision » [jugement, p. 13]
- « à rédiger tout ou partie d'un projet de sentence, à charge pour le Tribunal arbitral de revoir personnellement le dossier et valider ou corriger ledit projet à la lumière de son examen du dossier » [jugement, p. 14]

le jugement attaqué viole la foi due au à la Note CCI – et donc les articles 8.17 et 8.18 du code civil – en omettant d'y lire quelque chose qui s'y trouvait, à savoir l'obligation pour le tribunal arbitral de rédiger lui-même la sentence arbitrale sous la seule réserve d'une intervention possible du secrétaire administratif pour la rédaction des « parties factuelles [de la] sentence ».

A tout le moins, en se prononçant en ce sens, le jugement attaqué n'a pas donné à la Note CCI, et spécialement à ses points 185 et 187, la force obligatoire qu'elle avait pourtant en vertu des articles 1681, 1700, § 1^{er}, et 1717, §3, a), v), du code judiciaire, pour autant que de besoin lus en combinaison avec l'article 1134 de l'ancien code civil (violation des dits articles du code judiciaire et de l'ancien code civil).

Développement

3. Première branche

33. Conformément à l'article 1717, §3, b), ii), du code judiciaire, une sentence arbitrale peut être annulée si elle est contraire à l'ordre public.

Une loi est d'ordre public lorsqu'elle touche aux intérêts essentiels de l'État ou de la collectivité ou qui fixe, dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société (Cass., 4 mai 2018, R.G. C.16.0145.F, *Pas.*, 2018, n° 286, p. 998)

34. En vertu de l'article 11, alinéa 1^{er}, du code judiciaire, les juges ne peuvent déléguer leur juridiction. Cette règle est d'ordre public (Cass., 14 septembre 1992, *Pas.* 1992, I, n° 605, p. 1021, spécialement p. 1022, colonne de droite, dernier alinéa).

Il découle de cette disposition qu'il est interdit au juge de déléguer à quiconque ses fonctions juridictionnelles.

35. Selon l'article 2 du code judiciaire, « les règles énoncées dans le présent code s'appliquent à toutes les procédures, sauf lorsque celles-ci sont régies par des dispositions légales non expressément abrogées ou par des principes de

droit dont l'application n'est pas compatible avec celle des dispositions dudit code. »

Il résulte de cette disposition que l'article 11, alinéa 1^{er} du code judiciaire – énonçant le principe de non-délégation des fonctions juridictionnelles – est également applicable à la procédure d'arbitrage.

De même qu'un juge étatique, un arbitre ne pourrait donc déléguer ses fonctions juridictionnelles à un tiers.

36. Si une doctrine et une jurisprudence abondante sur le sujet visent principalement la matière de l'expertise, leur enseignement, au vu de la portée générale de l'article 11 du code judiciaire, est transposable à la problématique du secrétaire administratif d'un tribunal arbitral.

Selon le prof. J. VAN COMPERNOLLE,

« Il s'en déduit, d'une part, que le tribunal ne peut déléguer à l'expert une partie de ses attributions juridictionnelles et que, d'autre part, l'expert ne peut, sans excès de pouvoir, empiéter sur le domaine de la juridiction » (J. VAN COMPERNOLLE, « La désignation, la mission et la fonction de l'expert », in J. Gillardin, P. Jadoul (dir.) L'expertise, FUSL, 1994, n° 38)

37. Il n'existe pas de définition claire et précise de la notion de « juridiction » ou de la « fonction de juger » dont la délégation est prohibée.

38. L'approche casuistique de votre Cour en matière d'expertise enseigne que :

- *« L'article 11, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire dispose que les juges ne peuvent déléguer leur juridiction. Cette disposition implique que le juge peut uniquement charger l'expert de faire des constatations ou de donner un avis d'ordre technique, mais ne peut lui demander de donner un avis sur le bien-fondé de l'action publique ou de l'action civile »* (Cass., 24 mai 2016, R.G. P.16.0128.N, *Pas.*, 2016, n° 344, p. 1192)
- *« Sauf violation de l'article 11 du Code judiciaire, la question soumise à l'expert ne peut se confondre avec celle que doit trancher le juge »* (Cass., 19 février 2003, R.G. P.02.1400.F, *Pas.*, 2003, n°118, p. 370)
- *« 5. Il ressort de ces dispositions que le juge peut charger un expert de faire des constatations et de donner un avis d'ordre technique mais pas de donner son avis quant au fondement de la demande »* (Cass., 6 mars 2014, R.G. C.12.0615.N, *Pas.*, 2014, n° 179, p. 607)

Deux composantes de la « fonction juridictionnelle » peuvent être dégagées de ce qui précède. D'une part, le juge ne peut demander à un expert de se prononcer sur les aspects juridiques du litige. Comme le formule J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « le droit doit rester l'apanage du juge » (J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction. Iura dicit curia*, Larcier, 2004, p. 69).

D'autre part, il revient au juge, à l'exclusion de toute autre personne, d'apprécier les faits et de décider de la solution à apporter au litige.

Le juge ne peut donc déléguer à un tiers son pouvoir de qualification juridique du dossier et son pouvoir de décision au fond sous peine d'enfreindre l'interdiction de l'article 11 du code judiciaire.

39. Concernant les missions des arbitres, certains auteurs sont d'avis que la prise de décision, qui est une fonction juridictionnelle essentielle ne pouvant pas faire l'objet d'une délégation, s'extériorise par le fait de rédiger la sentence arbitrale.

Ainsi, l'acte d'écrire est considéré, par certains auteurs, comme un des attributs essentiels de la fonction de juger :

- « *l'acte de juger ne se réalise vraiment qu'au moment et dans la rédaction de la décision – forme et fond étant inséparables* » (P. LALIVE, « *Forme et fond dans l'arbitrage international* », in *Liber Amicorum en l'honneur de Serge Lazareff*, Paris, Editions Pedone, 2011, p. 394.)
- « *Même un examen minutieux par un arbitre du premier projet rédigé par le secrétaire ne supprime pas entièrement la possibilité donnée au secrétaire de décider des éléments qu'il faut mettre en avant et de ceux qu'il faut omettre des décisions que l'arbitre qui examine le projet ne peut même pas identifier, ni même contrôler. L'acte d'écrire est la sauvegarde ultime du contrôle intellectuel. Un arbitre devrait être réticent à y renoncer* »⁴ (C. PARTASIDES, "The Fourth Arbitrator? The Role of Secretaries to Tribunals in International Arbitral", *Arbitration International*, 2002, Vol. 18, p. 158)

40. Outre ces deux composantes (l'appréciation en droit et en fait du litige), la maîtrise de la procédure et de l'instruction du procès relèvent également des seules attributions du juge comme le remarque le prof. J. VAN COMPERNOLLE :

« 41. *Le juge qui ne peut déléguer sa fonction juridictionnelle ne peut non plus déléguer à l'expert le pouvoir de tenir, à sa place, une enquête. L'expert ne peut, davantage, entendre des témoins de son propre chef. En cas de nécessité, l'expert doit faire savoir aux parties qu'il serait souhaitable d'entendre des témoins de manière à susciter cette mesure d'instruction à laquelle du reste l'expert pourrait être associé* » (J. VAN

⁴ Traduction libre de : « *Even a careful review by an arbitrator of a secretary first draft does not entirely remove the scope given to the secretary to make judgments as to what to emphasise and what to omit, judgments that the arbitrator reviewing the draft may not even be able to identify never mind control. The act of writing is the ultimate safeguard of intellectual control. An arbitrator should be reluctant to relinquish it.* »

COMPERNOLLE, « La désignation, la mission et la fonction de l'expert », in J. Gillardin, P. Jadoul (dir.) L'expertise, FUSL, 1994, n°41).

Le prof. M. FONTAINE ne dit pas autre chose sur le rôle du tribunal arbitral :

- « *Le tribunal forme un "collège", dont chacun des membres participe à la mission. C'est ensemble qu'ils vont prendre connaissance du dossier et des écrits des parties, entendre les conseils, les témoins, les experts, délibérer et rendre une décision. Dans un arbitrage en collège, l'arbitre n'est pas seul pour assumer le travail. Le président du tribunal est cependant appelé à jouer le rôle le plus étendu. C'est à lui qu'il revient de piloter la procédure. Une fois le tribunal constitué, c'est par le seul canal du président que le tribunal communique avec les parties et leurs conseils. Le président gère les relations avec l'institution arbitrale. Il assume en général les tâches de nature matérielle comme celles liées à l'organisation des réunions. Il dirige les débats lors des audiences. Il conduit les discussions entre arbitres. Il a la première responsabilité de rédiger les projets de sentence qui seront soumis aux co-arbitres, souvent précédés de notes d'orientation préparatoires. Il peut lui incombent de trancher en cas de divergence au sein du tribunal.* » (M. FONTAINE, « L'arbitre et ses collaborateurs », b-Arbitra, 2013, p. 25-26 »
- « *La ligne directrice est que les arbitres doivent conserver personnellement la pleine responsabilité de leurs missions essentielles. Des tâches administratives ou organisationnelles peuvent en principe être confiées au secrétaire, mais des distinctions s'imposent quant aux travaux d'ordre intellectuel, les arbitres devant pleinement assumer en personne leurs missions essentielles de prise de décision* » (ibidem , p. 33).

Il revenait, ainsi, au tribunal arbitral de préparer et régler l'instruction du procès en ce compris l'audition des experts.

41. En l'espèce, il n'est pas contesté que [p. 12, avant-dernier alinéa, du jugement attaqué]:

« [L]a secrétaire administrative a effectivement rédigé [l]a liste de questions à poser [par le président du tribunal arbitral] aux experts à l'audience ainsi qu'une partie de la section VI de la sentence arbitrale comportant notamment les motifs décisionnels du [t]ribunal arbitral. »

La secrétaire administrative a donc préparé l'audition des experts à la place du président du tribunal arbitral et a participé à la rédaction de la décision finale. Elle a, pour ce faire, dû prendre position sur la solution à donner au litige tant en droit qu'en faits. Par conséquent, elle a rempli des fonctions juridictionnelles.

L'article 11, alinéa 1^{er}, du code judiciaire lu en combinaison avec l'article 1717, §3, b), ii) est donc violé.

4. Deuxième branche

1.3. Premier rameau

42. Selon l'article 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 au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel.* »

43. En vertu de l'article 1717, §3, a), v) du code judiciaire, une sentence arbitrale peut être annulée si « *la constitution du tribunal arbitral, ou la procédure arbitrale, n'a pas été conforme à la convention des parties ou, à défaut d'une telle convention, qu'elle n'a pas été conforme à la sixième partie du présent Code; à l'exception de l'irrégularité touchant à la constitution du tribunal arbitral, ces irrégularités ne peuvent toutefois donner lieu à annulation de la sentence arbitrale s'il est établi qu'elles n'ont pas eu d'incidence sur la sentence*».

44. La sentence pourra ainsi être annulée si « *les règles de procédure dont les parties sont convenues par exemple conformément aux termes de l'acte de mission ou au règlement d'arbitrage auxquelles elles ont adhéré, ne sont pas respectées* » (SALETTI, A., VAN COMPERNOLLE, J. et VAN DROOGHENBROECK, J.-F., « Sous-partie 1 - Belgique » in *L'arbitre et le juge étatique*, 1^e édition, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 359) et que cette irrégularité a un impact sur la sentence.

Les parties ont décidé de suivre les règles de procédure de la CCI et, s'agissant du rôle du secrétaire administratif, plus spécialement la « *Note aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l'arbitrage selon le Règlement d'arbitrage CCI* », laquelle fait donc intégralement partie de la « *convention des parties* » régissant la procédure arbitrale au sens de l'article 1717, §3, a), v).

Les arbitres assument une fonction de nature juridictionnelle (G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et international – Tome I – Le droit belge*, 3^{ème} édition, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 243).

Les droits et pouvoirs d'un arbitre sont à rapprocher de ceux attribués à un magistrat étatique.

Il revient, en effet, à l'arbitre de trancher le différend qui oppose les parties selon la loi et les règles de procédure choisies par les parties – en l'occurrence le droit belge et la procédure CCI.

45. La relation qui unit l'arbitre à la partie qui la désigné présente un caractère *intuitu personae* (*Ibidem*, pp. 264-265).

Un contrat est *intuitu personae* lorsque, « *les caractéristiques personnelles d'une ou de plusieurs parties sont incorporées dans l'objet de l'obligation essentielle du contrat ou dans la cause de celui-ci. L'intervention personnelle du débiteur ou du créancier est tellement essentielle que l'obligation ou le droit ne se conçoit pas sans elle.* » [P. VAN OMMESLAGHE, *De Page, Traité de droit civil belge*, Tome II : Les obligations, Bruxelles, Bruylant, 2013, n° 70, p. 150]

Tel est le cas pour les arbitres qui sont choisis pour leur compétence et expérience personnelle. Les missions qui leur sont confiées ne peuvent ainsi pas être exécutées par un tiers.

C'est dans cet esprit que l'article 184 de la « *Note aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l'arbitrage selon le Règlement d'arbitrage CCI* », prévoit que « *le tribunal arbitral ne saurait en aucun cas déléguer ses fonctions décisionnelles à un Secrétaire administratif pas plus qu'un tribunal arbitral ne doit s'appuyer sur un Secrétaire administratif afin qu'il exerce pour son compte les attributions essentielles d'un arbitre.* »

La personne qui accepte d'être désignée en tant qu'arbitre, s'engage donc à être disponible pour accomplir personnellement la mission que les parties lui ont attribuée. Elle ne pourrait pas déléguer ses tâches au secrétaire administratif.

46. Le secrétaire administratif remplit des fonctions administratives et organisationnelles.

L'article 185 prévoit à cet effet :

« *Nonobstant ce qui précède, un Secrétaire administratif peut accomplir des tâches relatives à l'organisation et à la gestion telles que :*

- *la transmission de documents et de communications au nom du tribunal arbitral ;*
- *l'organisation et la tenue du dossier du tribunal arbitral ainsi que la localisation de documents ;*
- *l'organisation d'audiences et de réunions, et servir de liaison avec les parties à cet égard ;*
- *la rédaction de correspondance à l'intention des parties et son envoi pour le compte du tribunal arbitral ;*
- *la préparation de projets d'ordonnances de procédure ainsi que la rédaction des parties factuelles d'une sentence (p. ex. résumé de la procédure, chronologie des faits, synthèse des positions des parties) qui seront soumis à l'examen du tribunal arbitral ;*
- *la participation aux audiences, réunions et délibérations du tribunal arbitral; la prise de notes, la réalisation de procès-verbaux, le chronométrage ;*

- *les recherches juridiques ou autres ; et*
- *la relecture et la vérification de citations, dates, références dans les ordonnances de procédure et sentences ainsi que la correction d'erreurs typographiques, de grammaire ou de calcul.» (les demanderesses soulignent)*

Le secrétaire administratif ne peut donc pas effectuer les missions attribuées aux arbitres.

47. La doctrine enseigne que :

*« Quant à la nomination d'un secrétaire du tribunal arbitral, elle peut bien sûr s'avérer pratique si celui-ci n'assume que des tâches administratives. Elle peut par contre anéantir la notion même d'arbitrage s'il y a délégation à sa personne de tâches appartenant à l'arbitre, à savoir non seulement de la mission de juger stricto sensu mais aussi de l'étude du dossier, de la préparation d'une audience ou des délibérations, de la rédaction de la sentence. » (A. DIMOLISTA, « Sur l'autorité de l'arbitre, in *Liber Amicorum en l'honneur de Serges Lazareff*, 2011, p. 208)*

48. En l'espèce, il ressort des pièces auxquelles votre Cour peut avoir égard que la secrétaire administrative était chargée de rédiger des questions lors de l'audition des experts et a participé à la rédaction de la sentence arbitrale.

Il en résulte que tant le tribunal arbitral que la secrétaire administrative ont méconnu les limites qui s'imposaient à leur mission dès lors que :

- les arbitres n'ont pas respecté le caractère *intuitu personae* de leur mission ;
- la secrétaire administrative s'est vue attribuer des fonctions juridictionnelles.

49. Partant, le tribunal de première instance n'a pas pu considérer que la procédure arbitrale était conforme à la convention des parties sans méconnaître l'article 1717, §3, a), v) et la foi due à la Note CCI.

1.4. Second rameau

50. Les articles de la Note CCI concernant les tâches attribuées au secrétaire administratif énoncent ce qui suit :

« 184. *Les tâches confiées au Secrétaire administratif ne sauraient en aucune circonstance décharger le tribunal arbitral de son obligation d'examiner personnellement le dossier. Le tribunal arbitral ne saurait en aucun cas déléguer ses fonctions décisionnelles à un Secrétaire administratif pas plus qu'un tribunal arbitral ne doit s'appuyer sur un Secrétaire administratif afin qu'il exerce pour son compte les attributions essentielles d'un arbitre.*

185. *Nonobstant ce qui précède, un Secrétaire administratif peut accomplir des tâches relatives à l'organisation et à la gestion telles que :*

- *la transmission de documents et de communications au nom du tribunal arbitral ;*
- *l'organisation et la tenue du dossier du tribunal arbitral ainsi que la localisation de documents ;*
- *l'organisation d'audiences et de réunions, et servir de liaison avec les parties à cet égard ;*
- *la rédaction de correspondance à l'intention des parties et son envoi pour le compte du tribunal arbitral ;*
- *la préparation de projets d'ordonnances de procédure ainsi que la rédaction des parties factuelles d'une sentence (p. ex. résumé de la procédure, chronologie des faits, synthèse des positions des parties) qui seront soumis à l'examen du tribunal arbitral ;*
- *la participation aux audiences, réunions et délibérations du tribunal arbitral, la prise de notes, la réalisation de procès-verbaux, le chronométrage ;*
- *les recherches juridiques ou autres ; et*
- *la relecture et la vérification de citations, dates, références dans les ordonnances de procédure et sentences ainsi que la correction d'erreurs typographiques, de grammaire ou de calcul.*

...

187. *Le fait pour un tribunal arbitral de demander au Secrétaire administratif de préparer des notes écrites ou des mémorandums ne pourra en aucun cas dispenser le tribunal arbitral de son obligation de revoir personnellement le dossier et/ou de rédiger lui-même toute décision du tribunal arbitral. »*

"Et/ou" dans l'article 187 de la Note peut signifier « X ou Y » ou « les deux », c'est-à-dire l'une ou l'autre ou les deux de deux propositions énoncées.

Par conséquent, au sens de l'article 187 de la Note, lorsque le secrétaire administratif prépare des « *notes ou mémorandums écrits* », le tribunal arbitral n'est pas dispensé de son devoir soit a) d'examiner personnellement le dossier, soit b) de rédiger la décision, soit c) des deux. En d'autres termes, les points a) et b) ne s'excluent pas mutuellement. Le tribunal arbitral n'est pas tenu de choisir entre ces deux options. Il est possible d'appliquer les "deux".

Donner au tribunal arbitral un choix binaire entre deux options conduirait à un non sens. Cela signifierait que si le tribunal arbitral choisit d'examiner le dossier, il n'aurait pas à rédiger la décision et inversement, que s'il décide de rédiger la décision, il n'aurait pas à examiner personnellement le dossier. Une telle interprétation est en contradiction flagrante avec le prescrit de l'article 184 de la Note qui prévoit que « *les tâches confiées au Secrétaire administratif ne sauraient en aucune circonstance décharger le tribunal arbitral de son obligation d'examiner personnellement le dossier* ».

Cette manière de lire l'article 187 de la Note de la CCI est donc dénuée de sens.

Or selon l'article 1157 de l'ancien code civil, lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun.

Il faut donc entendre le « et/ou » de l'article 187 comme signifiant « les deux », cette acception étant la seule façon de donner à cet article un sens utile.

Par ailleurs, l'article 187 ne traite pas de la sentence arbitrale. Cet article précise que les notes et mémorandums rédigés par le secrétaire ne pourront en aucun cas dispenser le tribunal de revoir personnellement le dossier et de rédiger personnellement toute décision. En aucune manière le secrétaire administratif n'est autorisé à rédiger le projet de sentence, et certainement pas le projet des parties décisionnelles de celle-ci.

Il découle de ce qui précède que, pour éviter une délégation de fonctions juridictionnelles à un secrétaire administratif, la Note CCI impose au tribunal arbitral d'examiner et de revoir personnellement les notes écrites et mémorandum soumis par le secrétaire administratif et de rédiger la partie décisionnelle de la sentence. Selon le prof. M. Fontaine, « [*]es limites sont bien fixées. La pratique de demander au secrétaire la rédaction de certains textes n'est pas rejetée. Mais il ne peut en aucun cas s'agir d'une délégation des devoirs qui incombent personnellement aux arbitres. Si le secrétaire a préparé des notes de travail ou rédigé des premiers jets de textes, les membres du tribunal ne sont en rien dispensés d'étudier eux-mêmes l'ensemble du dossier et d'assumer la formulation des textes définitifs* ». (M. FONTAINE, OP. CIT., p. 34).

PAR CES CONSIDERATIONS,

L'avocat à la Cour de cassation soussigné vous prie, Mesdames, Messieurs, casser l'arrêt attaqué, ordonner que mention de votre décision sera inscrite en marge de l'arrêt cassé, renvoyer la cause et les parties devant un autre tribunal de première instance d'un siège de cour d'appel et statuer comme de droit quant aux dépens.

Bruxelles, le 28 décembre 2021.

Pièce jointe n° 1 : Copie certifiée conforme par l'avocat à la Cour de cassation soussigné de la pièce 18 du dossier des demanderesse devant le tribunal de première instance de Bruxelles, à savoir la *Note aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l'arbitrage selon le Règlement d'arbitrage CCI*

Werner DERIJCKE

Avocat à la Cour de cassation