



CCI (CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE)

EUROPEAN COMMISSION V. EMEK İNŞAAT ŞTİ AND WTE WASSERTECHNIK

JUGEMENT DU TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DE BRUXELLES

17 June 2021

Table of Contents

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Jugement du Tribunal de première instance de Bruxelles..... | 1 |
| EN CAUSE DE : | 1 |
| Demanderesses ; | 1 |
| CONTRE : | 1 |
| Défenderesse ;..... | 1 |
| I. EXPOSE DES FAITS | 2 |
| II. OBJET DE LA DEMANDE | 9 |
| III. DISCUSSION | 10 |
| 1. Quant au premier moyen pris de l'irrégularité de constitution du Tribunal arbitral et de la procédure arbitrale | 10 |
| 2. Quant au deuxième moyen pris du manque d'impartialité du président du Tribunal arbitral..... | 14 |
| 3. Quant au troisième moyen pris du défaut de motivation de la sentence | 15 |
| 4. Quant au quatrième moyen pris de la violation des droits de la défense | 18 |
| 5. Quant à l'indemnité de procédure..... | 19 |
| IV. DECISION | 20 |

Jugement du Tribunal de première instance de Bruxelles

EN CAUSE DE :

- [1]. 1. X, dont le siège social est situé à [...], enregistrée au registre du commerce sous le numéro Ci-après « X »,
- [2]. 2. Y dont le siège social est situé en, [...], à [...], enregistrée au registre du commerce sous le numéro, Ci-après, « Y »,

Demanderesses ;

- [3]. Représentées par Mes Hakim Boularbah et Olivier van der Haegen et Amandine Muniken, avocats, dont le cabinet est situé à 1040 Bruxelles, avenue de Tervueren 2 ;
E-Mail : hakim.boularbah@loyensloeff.com; olivier.van.der.haegen@loyensloeff.com;

CONTRE :

- [4]. E, représentée par la [...] enregistrée à la Banque-Carrefour des Entreprises sous le numéro, dont les bureaux sont établis à

Défenderesse ;

- [5]. ci-après, « E »,
- [6]. Représentée par Mes Denis Philippe et Laure-Anne Nyssen et Maude Lebois, avocats, dont le cabinet est établi à 1170 Watermael-Boitsfort, chaussée de la Hulpe, 181/9 (dphilippe@philippelaw.eu; lanyssen@philippelaw.eu;
- [7]. En cette cause, tenue en délibéré le 28 mai 2021, le tribunal prononce le jugement suivant:
- [8]. Vu les pièces de la procédure et notamment :
- la citation en annulation d'une sentence arbitrale signifiée à la requête X et Y le 18 mai 2020 ;

- l'ordonnance du 19 juin 2020 actant le calendrier de procédure sur pied de l'article 747 du Code judiciaire ;
- les conclusions additionnelles et de synthèse X et Y déposées au greffe par E-Deposit
- le 08 janvier 2021 ;
- les deuxièmes conclusions additionnelles et de synthèse de E déposées au greffe par E-Deposit le 05 février 2021 ;
- les dossiers de pièces des parties ;

[9]. Entendu les conseils des parties en leurs dires et moyens aux audiences publiques des 27 et 28 mai 2021 ;

I. EXPOSE DES FAITS

[10]. Le 20 octobre 2009, E en tant que maître de l'ouvrage d'une part, et le consortium X et Y 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

[11]. Ce contrat portait plus spécifiquement sur « l'exécution et l'achèvement des travaux et la réparation de leurs éventuels défauts » par X et Y pour un montant total de 10.682.229,66 €. X et Y n'étaient toutefois pas en charge de la conception et du design du réseau.

[12]. 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 CCTV3 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.

[13]. 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.

[14]. E considère que ces différents défauts résultent de malfaçons commises par X et Y lors de l'installation du réseau d'égoutage, et de la non-conformité du réseau d'égoutage et des stations de pompage aux exigences prévues par le Contrat.

[15]. X et Y estiment quant à eux que la cause de ces défauts provient d'une mauvaise conception du réseau d'égout et des stations de pompages, conception qui relève de la responsabilité de E et du concepteur choisi et désigné par elle.

- [16]. 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, les Parties ont soumis leur différend à un Adjudicateur.
- [17]. 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 I E (65% pour E contre 35% pour X et Y).
- [18]. En conséquence, l'Adjudicateur a condamné E au paiement de la somme de 5.862.506,44 € au profit X et Y tandis qu' X et Y ont été condamnés à payer 423.014,85 € à E
- [19]. E procédé à un paiement partiel d'un montant de 2.256.179,81 €.
- [20]. Le 28 juillet 2014, E 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.
- [21]. Le 15 septembre 2017, E a déposé une demande d'arbitrage auprès de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, sur la base de l'article 20.6 des Conditions générales du Contrat, lequel désigne également le droit de E, complété par le droit belge, en tant que droit applicable au Contrat.
- [22]. Aux termes de sa Demande d'arbitrage, E a sollicité du Tribunal arbitral qu'il condamne solidairement X et Y et 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.
- [23]. Dans sa demande d'arbitrage, E : a également désigné Maître V qualité de co-arbitre.
- [24]. Par un courriel du 2 novembre 2017, X et Y ont quant à eux désigné Maître H n I en qualité de co-arbitre.
- [25]. Le 1er décembre 2017, E X et Y ont déposé leur réponse à la demande d'arbitrage incluant leurs demandes reconventionnelles, dans laquelle ils ont notamment sollicité du Tribunal arbitral qu'il :
- déclare que les défauts affectant le réseau d'égouts et les stations de pompage relèvent de la responsabilité de E et non d'I X et Y ;
 - condamne E paiement de coûts résultant de ces défauts et de toutes autres sommes qui leur seraient dues au titre des autres demandes ;
 - ordonne à E le verser immédiatement la somme de 3.143.481,48 € 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 E pas exécuté la décision de l'Adjudicateur.

- [26]. D'un commun accord, les Parties à l'arbitrage ont désigné le Dr. R _____, comme président du Tribunal arbitral. Cette désignation a été confirmée le 18 janvier 2018 par le secrétariat de la CCI.
- [27]. En février 2018, l'Acte de mission a été signé par les Parties et le Tribunal arbitral.
- [28]. 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 H. :, également collaboratrice au sein du cabinet d'avocats de Monsieur R
- [29]. Le même jour, Madame 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. Le Tribunal arbitral s'est également lui-même engagé à veiller au respect de cette Note.
- [30]. Le 1er avril 2019, les Parties ont marqué leur accord sur cette désignation.
- [31]. Les Parties ont ensuite échangé leurs mémoires et une audience de plaidoiries s'est tenue du 13 au 16 mai 2019 à Bruxelles.
- [32]. 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 à X et Y et 40% à E.
- [33]. Le 4 mars 2020, Monsieur R a interpellé les Parties à l'arbitrage sur la suite de la procédure et plus particulièrement sur le délai nécessaire aux Parties pour préparer les étapes ultérieures de celle-ci.
- [34]. Par courriel du 17 mars 2020, E a déposé une demande de correction de la sentence partielle.
- [35]. Par courriel du 18 mars 2020, X et Y ont quant à eux introduit une demande d'interprétation de la sentence partielle sur la base de l'article 36 du Règlement d'arbitrage de la CCI.
- [36]. Le Tribunal arbitral a accusé réception de ces demandes le 19 mars 2020.
- [37]. Par un courriel du 20 mars 2020, X et Y 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. Ces questions étaient formulées comme suit :
- « A. La secrétaire du Tribunal arbitral a-t-elle préparé tout ou partie des questions posées par le Président aux témoins experts ?
- B. Quel rôle la secrétaire du Tribunal arbitral a-t-elle joué dans la préparation de la sentence à partir de la section VI ? ».
- [38]. Les trois arbitres ont répondu par courriels séparés le 20 mars 2020.
- [39]. La co-arbitre Madame M 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 »¹.

[40]. L'autre co-arbitre, Monsieur 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 »².

[41]. Le Président du Tribunal arbitral, Monsieur 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 Tribunal arbitral »³.

[42]. Le même jour, X et Y ont réagi au courriel de Monsieur 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

¹ Pièce III.8.3. de E traduction libre non contestée.

² Pièce III.8.4. de E, traduction libre non contestée.

³ Pièce III.8.6 de E et pièce 13 des demandeurs, traduction libre non contestée, sous réserve du mot « during » traduit respectivement par « dans » ou « durant ».

et contrairement à l'incapacité indiquée par le Tribunal arbitral de distinguer les déformations au-dessus et en-dessous de 3%. Cette conclusion était fondée sur une ligne du rapport Tep 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 X / Y et ses 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 »⁴.

[43]. Le 23 mars 2020, Monsieur R a répondu comme suit au courriel précité:

« En réponse à vos deux questions additionnelles :

N° 1 : le rapport Tep 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 »⁵.

[44]. Le 25 mars 2020, E a adressé un message au Tribunal arbitral pour s'opposer aux insinuations et à la pêche aux informations (ou « *fishing expedition* ») conduite par X et Y dans la procédure arbitrale. Le lendemain, les conseils d'I X et Y ont répondu à l'email de E en indiquant qu'il n'y avait pas de fondement à ses objections. X et Y ont également indiqué qu'ils étaient en train de se faire conseiller concernant la manière dont le Tribunal arbitral avait rempli son mandat et le rôle de la secrétaire administrative.

[45]. Le 7 avril 2020, X et Y ont à nouveau adressé un message au président du Tribunal arbitral ainsi qu'à la secrétaire administrative et à la conseillère de la CCI en indiquant :

« La défenderesse X / Y a 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 Tribunal 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 :

⁴ Pièce III.8.6 de E, traduction libre non contestée.

⁵ Pièce III.8.7 de E, traduction libre non contestée.

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 Tribunal arbitral a demandé toute assistance du secrétariat sur le rôle de la secrétaire administrative »⁶.

[46]. Par un courriel du 8 avril 2020, le secrétariat de la CCI a indiqué à X et Y 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.

[47]. Le 9 avril 2020, X et Y ont répondu au courriel du 4 mars 2020 du Tribunal arbitral en estimant que l'organisation de la suite de la procédure était prématurée eu égard notamment aux demandes de correction et d'interprétation déposées.

[48]. Le 10 avril 2020, E a demandé au Tribunal arbitral ainsi qu'à la secrétaire administrative de ne plus répondre aux questions d'I X et Y considérant que la pêche aux informations initiée par ces derniers était illégitime et futile.

[49]. Par un courrier daté du même jour, Monsieur 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 défendeurs. 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 défendeurs consiste essentiellement à exprimer leur désaccord et leur critique sur certaines décisions contenues dans la sentence du 11 février 2020 [...].

Malheureusement, les critiques des défendeurs 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 défendeurs au titre de l'article 36 ».

Dans l'intervalle, j'ai reçu la communication des défendeurs du 7 avril 2020 contenant des

⁶ Pièce III.8.10 de 1 E traduction libre non contestée.

demandes assez extraordinaires, sans précédent, et inadmissibles.

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

Compte tenu de l'attitude des défendeurs, 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 »⁷.

[50]. Le 16 avril 2020, le conseil X et Y a invité E à clarifier sa position à l'égard des déclarations de Monsieur R. Le conseil X et Y a également demandé la collaboration du Tribunal arbitral, de E & de la CCI afin d'établir quelle avait été l'étendue des activités de rédaction de la secrétaire administrative.

[51]. 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.

[52]. Le 18 avril 2020, I X et Y ont répondu à la démission de Monsieur 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 I 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 Tribunal, 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 I 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

⁷ Pièce 16 des demandeurs, traduction libre non contestée.

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 Tribunal et supposés être joints à votre courrier électronique du 29 mars 2019. Nous restons dans l'expectative de votre réponse »⁸.

- [53]. Le 21 avril 2020, X et Y ont adressé à la CCI une demande de récusation de Monsieur R, dans l'hypothèse où la Cour ne ratifierait pas la démission de ce dernier.
- [54]. Le 22 avril 2020, le conseil de E, a écrit aux membres du Tribunal arbitral et à la CCI en indiquant son désaccord avec les allégations d' X et Y ., et en particulier les allusions à de prétendues « violations claires de la Note aux parties par le Tribunal arbitral et la secrétaire administrative ».
- [55]. Le même jour, E a également indiqué à la CCI que la démission du Président R ne pouvait qu'être acceptée par la Cour dans la mesure où ce dernier avait signalé qu'il ne se sentait dorénavant plus suffisamment impartial à l'égard des parties dans cet arbitrage.
- [56]. 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.
- [57]. Par citation signifiée le 18 mai 2020, X et Y ont assigné E devant le tribunal de céans.
- [58]. Le 26 juin 2020, la CCI a désigné Me f avocat à Genève, en qualité de nouveau président du Tribunal arbitral.
- [59]. Par requête du 25 août 2020, X et Y ont demandé la suspension de la procédure d'arbitrage dans l'attente de la présente décision.
- [60]. Par ordonnance du 27 octobre 2020, le Tribunal arbitral nouvellement constitué a rejeté la demande de suspension précitée.

II. OBJET DE LA DEMANDE

- [61]. X et Y : demandent au tribunal d'annuler la sentence partielle prononcée le 11 février 2020 par le Tribunal arbitral constitué de Monsieur R (président), Madame H (co-arbitre) et Monsieur V (co-arbitre) dans l'arbitrage n° :

⁸ Pièce 14 des demandeurs, traduction libre non contestée.

[62]. E conclut au non fondement de la demande.

[63]. Chacune des parties demande la condamnation de l'autre aux dépens.

III. DISCUSSION

[64]. A l'appui de leur demande d'annulation de la sentence du 11 février 2020, X et Y invoquent quatre moyens :

1. L'irrégularité de la procédure arbitrale, et plus particulièrement la délégation du pouvoir décisionnel à la secrétaire administrative ;
2. Le manque d'impartialité du président du Tribunal arbitral ;
3. Le défaut de motivation de la sentence sur la charge de la preuve ;
4. La violation de leurs droits de la défense et du principe contradictoire.

1. Quant au premier moyen pris de l'irrégularité de constitution du Tribunal arbitral et de la procédure arbitrale

[65]. X et Y ont grief à la secrétaire administrative désignée avec l'accord des parties le 1er 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.

[66]. Les parties demanderesses estiment que cet excès de pouvoir commis par la secrétaire administrative a vicié tant la constitution du Tribunal arbitral que la procédure arbitrale et constitue dès lors un motif d'annulation conformément à l'article 1717, §3, a) v) du Code judiciaire.

[67]. 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 Tribunal arbitral.

[68]. 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.

[69]. La doctrine enseigne néanmoins qu'en pratique, le Tribunal arbitral a recours de plus en plus fréquemment à l'assistance d'un(e) secrétaire administratif(ve)⁹ dont les tâches peuvent dépasser le cadre purement administratif et organisationnel.

⁹ Voir not. M. FONTAINE, « l'arbitre et ses collaborateurs », *b-Arbitra*, 2013/1, pp.30-36 ; C. PARTASIDES, « Secretaries to the Arbitral tribunal », in *Player's interaction in International Arbitration*, ICC Institute Dossiers, 2012, pp.87-91.

[70]. 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.

[71]. 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 ».*

[72]. 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.

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

[74]. 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.

[75]. 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 ».*

- [76]. 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* ».
- [77]. Néanmoins, et contrairement à ce que soutiennent X et Y 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.
- [78]. 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.
- [79]. En outre, le curriculum vitae de Madame M¹⁰ 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.
- [80]. 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.
- [81]. 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.
- [82]. 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* »¹¹. Pour d'autre, le même degré de contrôle sur l'acte décisionnel peut être atteint sans avoir rédigé le premier projet¹². 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.
- [83]. 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 arbitral¹³.
- [84]. 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

¹⁰ Pièce 39 des demandeurs.

¹¹ C. PARTASIDES, « the fourth arbitrator, the Role of Secretaries to Tribunals in International Arbitration », *Arbitration int* 2002, p. 158, traduction libre des demandeurs non contestée.

¹² C. PARTASIDES, « Secretaries to the Arbitral tribunal », in *Player's interaction in International Arbitration*, ICC Institute Dossiers, 2012, pp.90-91.

¹³ Décision évoquée par M. FONTAINE, *op.cit.*, p.35 et E.-A. SCHWARTZ, « the right and duties of ICC arbitrators », *ICC Ct. Bull. Spec. Supp.*, 1995, p.86.

les arbitres.

- [85]. 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 administratifs¹⁴.
- [86]. Les parties ont également marqué leur accord sur l'application de la Note CCI à leur procédure d'arbitrage.
- [87]. Néanmoins, X et Y 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 »¹⁵.
- [88]. 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, X et Y n'apportent aucun autre élément qui viendrait objectiver ces allégations.
- [89]. 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.
- [90]. 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 arbitral. 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.
- [91]. 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* ».
- [92]. Contrairement à ce que soutiennent X et Y la relecture et la révision par Monsieur R du projet de sentence rédigé par Madame H respecte le cadre d'intervention de la secrétaire administrative posée par la Note CCI et ne témoigne pas d'une délégation du pouvoir décisionnel.
- [93]. Monsieur V co-arbitre désigné par X et Y 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* ».
- [94]. Madame H a déclaré quant à elle que « *selon mon expérience de l'audience, tous les membres du*

¹⁴ Pièce 39 des demandeurs.

¹⁵ P. 31 de leurs conclusions additionnelles et de synthèse.

tribunal avaient une connaissance approfondie du dossier (...) 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 ».

- [95]. 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 :
- [96]. Le premier moyen pris de l'irrégularité de la constitution du Tribunal arbitral et de la procédure arbitrale n'est dès lors pas fondé.

2. Quant au deuxième moyen pris du manque d'impartialité du président du Tribunal arbitral

- [97]. X et Y estiment que Monsieur R manqué d'impartialité et d'indépendance ce qui constitue un motif d'annulation de la sentence partielle visé par : - l'article 1717, §3, a), v) du Code judiciaire visant la non-conformité de la constitution du Tribunal arbitral ;
- l'article 1717, §3, a), ii) du Code judiciaire visant l'impossibilité pour une partie de faire valoir ses droits ;

- l'article 1717, §3, b), ii) du Code judiciaire visant la violation de l'ordre public.
- [98]. La question de la partialité ou du manque d'indépendance d'un arbitre n'est pas liée à la constitution proprement dite du Tribunal arbitral et ne fait donc pas parties des hypothèses couvertes par l'article 1717, § 3, a), v) précité¹⁶.
- [99]. En revanche, s'il apparaît que les circonstances qui mettent en doute l'impartialité de l'arbitre ne sont connues qu'après le prononcé de la sentence arbitrale, une partie peut, en raison du manque d'impartialité de l'arbitre, demander l'annulation d'une sentence arbitrale sur la base d'une violation de l'ordre public comme le prévoit l'article 1717, §3, b), ii) du Code judiciaire¹⁷.
- [100]. Par ailleurs, l'impartialité de l'arbitre doit être tant subjective qu'objective. L'impartialité subjective fait référence à l'état d'esprit de l'arbitre tandis que l'impartialité objective a trait à l'apparence d'impartialité donnée par l'arbitre au cours de la procédure d'arbitrage¹⁸.
- [101]. Enfin, il s'agit d'apprécier l'état d'esprit de l'arbitre - réel et apparent - au moment de sa prise de

¹⁶ Voir en ce sens G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et international - Tome I — Le droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp.542-543. Les auteurs indiquent que « une cause de récusation ne constitue pas une cause d'annulation visée à l'article 1717, paragraphe 3, a), v, du Code judiciaire » et rappellent expressément que le manque d'impartialité et d'indépendance de l'arbitre est la cause de récusation prévue par l'article 1686, §2 du Code judiciaire.

¹⁷ voir en ce sens not. J. VAN COMPERNOLLE, « L'application des garanties de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme à l'arbitrage : question mal posée ou enjeu véritable ? », *Rev. Dr. internat. et dr. comp.*, 2010, n°3, p.394 ; B. HANOTIAU et O. CAPRASSE, « L'annulation des sentences arbitrales », *J.T.*, 2004, p. 422, n° 61.

¹⁸ M. DRAYE, « Commentary on Part VI of the Belgian Judicial Code, Chapter III: article 1686 », in *Arbitration in Belgium*, Kluwer Law international, 2016, pp.152-153.

décision, c'est-à-dire au plus tard au moment du prononcé de la sentence attaquée. Le fait qu'il perde son impartialité ou son indépendance ultérieurement n'est pas de nature à vicier ladite sentence.

[102]. En l'espèce, X et Y estiment pouvoir exprimer des doutes quant à l'impartialité de Monsieur R sur la base de:

- leur propre interpellation des arbitres sur le rôle de la secrétaire administrative ;
- l'adoption de certaines des décisions prises dans la sentence partielle à la majorité des membres du tribunal et non à l'unanimité ;
- l'aveu de partialité par Monsieur R lui-même dans sa lettre de démission du 10 avril 2020.

[103]. Comme exposé ci-dessus, il n'est pas établi que la secrétaire administrative aurait excédé les pouvoirs que lui reconnaît la Note CCI ni exercé un pouvoir décisionnel en lieu et place de Monsieur R. Les seules inquiétudes exprimées à cet égard par X et Y ne suffisent pas à établir un doute raisonnable dans leur chef justifiant la mise en cause de l'impartialité de Monsieur R .

[104]. Par ailleurs, l'adoption à la majorité de certaines des décisions n'est pas, en soi, un indice de partialité dans le chef du président du Tribunal arbitral. Comme le relève à juste titre E (la prise de décision à la majorité résulte logiquement du mode de désignation des membres du Tribunal arbitral. L'article 32.1 du Règlement d'arbitrage de la CCI dispose en ce sens que « *en cas de pluralité d'arbitres, la sentence est rendue à la majorité. A défaut de majorité, le président du tribunal statue seul* ».

[105]. En outre, les termes de la lettre de démission indiquent sans équivoque que Monsieur R estime avoir perdu son impartialité après le prononcé de la sentence partielle et à l'occasion des critiques X et Y sur le rôle de la secrétaire administrative. Cette lettre de démission ne constitue donc pas l'aveu d'un manque d'impartialité avant ou au moment du prononcé de la sentence attaquée.

[106]. Enfin, même combinés, les trois éléments présentés par X et Y ne permettent pas de conclure à l'existence d'un doute raisonnable quant au manque d'impartialité et d'indépendance de Monsieur I R au moment de la rédaction de la sentence attaquée.

[107]. Par conséquent, le deuxième moyen pris du manque d'impartialité de Monsieur R n'est pas fondé.

3. Quant au troisième moyen pris du défaut de motivation de la sentence

[108]. X et Y font également grief au Tribunal arbitral de ne pas avoir répondu au moyen qu'ils ont développé devant lui et selon lequel E : avait la charge de prouver que les malfaçons dont elle se plaignait leur étaient uniquement imputables.

[109]. L'obligation de motivation de la sentence arbitrale est une condition de forme et non de fond, ce qui

exclut tout contrôle par le juge de l'annulation de la valeur intrinsèque de la motivation¹⁹.

[110]. Le juge de l'annulation doit dès lors vérifier la présence d'une motivation, c'est-à-dire d'une réponse par l'arbitre aux moyens soulevés par les parties, étant précisé qu'il ne peut être attendu du Tribunal arbitral qu'il réponde à tout détail de l'argumentation pourvu qu'il réponde à chaque moyen. Ainsi, l'obligation de motivation qui s'impose à l'arbitre ne s'étend pas à tous les détails de l'argumentation des parties, ni à une défense qui serait devenue sans pertinence compte tenu de la solution que l'arbitre donnerait au litige²⁰.

[111]. Enfin, il est acquis que la réponse aux moyens avancés en conclusions peut être implicite²¹ et se déduire de l'ensemble de la sentence²².

[112]. En l'espèce, il ressort des écrits déposés par les parties devant le Tribunal arbitral qu'en ce qui concerne la question de la charge de la preuve :

- X et Y estimaient qu'il appartenait à E. de rapporter la preuve que les défauts dénoncés par elle résultaient d'une mauvaise exécution du contrat par X et Y, à l'exclusion de toute autre cause ;

- E estimait quant à elle qu'il lui suffisait d'établir que les défauts étaient dus par le non-respect par X et Y des exigences contractuelles en matière de compactage du sol, sans qu'elle n'ait à prouver que le manquement contractuel était la cause exclusive des défauts.

[113]. Une lecture attentive de la sentence arbitrale permet de constater que, de manière implicite mais certaine, le Tribunal arbitral a tranché la question de la charge de la preuve telle que débattue par les parties et suivi la position de E e à cet égard.

[114]. En effet, pour chaque défaut examiné, le Tribunal arbitral a considéré que E ; avait rapporté la preuve de son existence ainsi que de son imputabilité totale ou partielle à un manquement contractuel X et Y Dans certains cas, le Tribunal arbitral a toutefois estimé qu' X et Y établissaient la preuve de ce qu'une autre cause avait également contribué à la réalisation du défaut, et opéré un partage de responsabilité.

[115]. Par exemple, à propos des problèmes de raccordements domestiques pour partie au mauvais compactage du sol par X et Y et pour partie à la présence d'un bloc de béton et l'usage de tuyaux en PVC à l'initiative de E Le Tribunal arbitral a conclu par un partage de responsabilités en ces termes :

« sur la base de toutes les preuves disponibles et après avoir analysé les arguments des parties, le Tribunal arbitral est parvenu à la conclusion que les causes suivantes ont contribué, avec les pourcentages indiqués, aux problèmes des raccordements domestiques :

- Bloc de béton (responsabilité du maître de l'ouvrage) : 30%

¹⁹ voir Cass. 7 novembre 2013, n° C.12.0193.N, disponible sur www.juridat.be.

²⁰ voir B. HANOTIAU et O. CABRASSE, « l'annulation des sentences arbitrales », *J.T.*, 2004, p.424, et la jurisprudence citée.

²¹ C. GREGOIRE, « Les décisions de justice de l'après « pots-pourris » : exécutoires de plein droit ? », *J.T.*, 2018/30, n° 6742, p. 692.

²² H. BOULARBAH, « Ouvertures à cassation des décisions judiciaires et causes d'annulation des sentences arbitrales : brèves comparaisons sur le contrôle de deux catégories d'actes juridictionnels », in *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 103.

- Tuyaux en PVC (responsabilité du Maître de l'ouvrage) : 30%
- Compactage (responsabilité de l'Entrepreneur) : 30%
- Angles plus raides que ceux admis par le contrat (responsabilité de l'entrepreneur) : 10% »²³.

[116]. A propos des défauts résultant de la déformation des tuyaux, la sentence indique :
*« le Tribunal arbitral a constaté que le compactage ne répondait aux exigences des spécifications techniques et que le compactage insuffisant était au moins l'une des causes des déformations des tuyaux (...). Dans ce sous-chapitre, le tribunal analysera si les preuves disponibles montrent que d'autres causes (c'est-à-dire celles qui sont invoquées par les défendeurs) ont également contribué auxdits défauts »*²⁴.

A propos des causes des contre-pentes ou pentes inversées, le Tribunal arbitral a d'abord indiqué que « le compactage ne répondait pas aux exigences des spécifications techniques et qu'un compactage insuffisant était au moins l'une des causes des pentes inversées »²⁵.

Le Tribunal arbitral a ensuite exposé que « dans ce sous chapitre, le tribunal analysera si les éléments de preuve disponibles démontrent que les causes invoquées par les défendeurs -c'est-à-dire (i) la pente spécifiée et (ii) les conditions du sol qui n'auraient pas été prises en compte lors de la conception - ont également contribué aux pentes inversées »²⁶.

[117]. Ce faisant, le Tribunal arbitral a implicitement mais certainement tranché la question de la charge de la preuve en rejetant la thèse X et Y selon laquelle l' E devait établir que seuls les manquements contractuels, à l'exclusion de toute autre cause, avaient provoqués les défauts.

[118]. Enfin, et contrairement à ce que soutiennent X et Y le Tribunal arbitral n'a pas opéré de renversement de la charge de la preuve. Il a simplement fait une juste application de la règle de droit belge qui impose à chacune des parties de prouver les faits qu'elle allègue.

[119]. Ainsi, loin d'établir un quelconque renversement de la charge de la preuve, l'exemple des contre-pentes présenté par X et Y eux-mêmes illustre parfaitement le raisonnement du Tribunal arbitral. Après avoir constaté l'existence de pentes inversées sur la base des rapports d'expertise et leur caractère défaillant, le Tribunal arbitral a examiné les causes de ces pentes inversées alléguées par chacune des parties. Ainsi, le Tribunal arbitral estime que le lien entre le compactage insuffisant et les pentes inversées était établi²⁷ mais considère en revanche que l'allégation X et Y selon laquelle l'argile présent dans le sol était également la cause de ces pentes inversées n'est pas établie²⁸.

[120]. Par conséquent, il est établi que le Tribunal arbitral a répondu, même implicitement, au moyen développé par les parties et relatif à la charge de la preuve. La sentence litigieuse rencontre dès lors

²³ Point 434 de la sentence attaquée.

²⁴ Point 483 de la sentence attaquée, passage souligné par le tribunal.

²⁵ Point 573 de la sentence attaquée, passage souligné par le tribunal.

²⁶ Point 576 de la sentence attaquée, passage souligné par le tribunal.

²⁷ Point 608 de la sentence attaquée.

²⁸ Points 606 et 607 de la sentence attaquée.

l'exigence de motivation formelle requise.

[121]. Le troisième moyen d'annulation n'est donc pas fondé.

4. Quant au quatrième moyen pris de la violation des droits de la défense

[122]. X et Y estiment que leurs droits de la défense ont été violés dans le cadre de la procédure d'arbitrage dans la mesure où les éléments sur lesquels le Tribunal arbitral a fondé sa décision relative à l'insuffisance du compactage n'ont pas été soumis à la contradiction des parties.

[123]. L'article 1717, §3, a), ii) du Code judiciaire prévoit que la sentence arbitrale peut être annulée si la partie qui en fait la demande apporte la preuve qu'il lui a été impossible de faire valoir ses droits.

[124]. La Cour de cassation précise à ce sujet que « *le principe général du droit relatif au respect des droits de la défense n'est pas violé lorsqu'un juge fonde sa décision sur des éléments dont les parties pouvaient attendre, vu le déroulement des débats, que le juge les inclurait dans son jugement et qu'elles ont pu contredire* »²⁹.

[125]. Ainsi, « *une partie ne peut se plaindre (...) en instance d'annulation d'une sentence arbitrale sur la base de l'article 1717, §3, a), (ii), du Code judiciaire, de prétendues surprises qui, en réalité, n'en furent pas, dès lors que le juge ou l'arbitre a fait reposer sa décision sur des éléments de fait ou de droit au relevé desquels, parce qu'ils étaient versés au débat, les parties devaient raisonnablement s'attendre. Il s'agit là, à nouveau, d'une conception sainement 'causale' et pragmatique de la contradiction, (...). L'arbitrage devrait même pouvoir s'imposer comme terrain d'élection de cette théorie du 'moyen dans la cause', si l'on admet que l'expertise ayant valu sa désignation à l'arbitre rend naturellement plus prévisible - dans le chef des parties - le relevé d'office de tels ou tels moyens* »³⁰.

[126]. Par ailleurs, le fait que le Tribunal arbitral donne à une pièce produite par les parties une interprétation différente de celle présentée par celles-ci ne constitue pas une violation du principe du contradictoire³¹.

[127]. En l'espèce, X et Y font grief au Tribunal arbitral d'avoir conclu qu'une déformation des tuyaux SN8 supérieure à 2% constituait la preuve déterminante d'un compactage insuffisant, et ce, sur la base d'un extrait du rapport TEP annexé au rapport de l'expert C, sans que le lien entre une déformation supérieure à 2% ou 3% des conduits et un compactage insuffisant n'ait été débattu.

[128]. La sentence attaquée relève que le Tribunal arbitral est arrivé à la conclusion que la déformation des tuyaux - même dans une proportion acceptable - établissait que le compactage était insuffisant,

²⁹ Cass., 29 septembre 2011, *Pas.*, I, 2011, n° 514.

³⁰ J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « L'annulation de la sentence arbitrale pour violation des droits de la défense » in *L'arbitre et le juge étatique*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 384-385.

³¹ D. MATRAY, « Le principe du contradictoire : ses contours » in *Le principe du contradictoire en arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 28.

et ce, sur la base :

- du rapport de l'expert K
- du rapport de l'expert C et de son annexe, le rapport TEP qui indique notamment que la déformation des tuyaux varie en fonction du degré de compactage (de 87% à 94% ou supérieur à 94%) ;
- des déclarations de l'expert C à l'audience ;
- des considérations de l'Adjudicateur on 2014 ;
- de l'absence de fiabilité des tests de compactage de l'entrepreneur.

[129]. Contrairement à ce que soutiennent X et Y, le rapport TEP ne constitue donc pas la preuve déterminante d'un compactage insuffisant.

[130]. Par ailleurs, il n'est ni contesté ni contestable que le rapport TEP; litigieux a été communiqué aux parties qui ont eu dès lors la possibilité de prendre connaissance de son contenu et d'y réagir.

[131]. Monsieur C, l'expert X et Y fait également référence à ce rapport TEP dans son propre rapport d'expert et a fermement invité le Tribunal arbitral à lire l'intégralité de ce rapport TEP.

[132]. Les transcriptions de l'audience révèlent également que, contrairement à ce que soutiennent X et Y la question des pourcentages mentionnés dans le rapport TEPI a été longuement discutée par les parties et leurs experts³².

[133]. Dans ce contexte, et comme le soulignait à juste titre Monsieur R dans sa lettre de démission, la violation des droits de la défense ne peut se déduire de la prise en compte, par le Tribunal arbitral, d'un rapport communiqué à toutes les parties, joint en annexe du rapport de l'expert de l'une d'elles, et expressément discuté à l'audience.

[134]. Le quatrième moyen est par conséquent non fondé.

5. Quant à l'indemnité de procédure

[135]. E sollicite la condamnation X et Y à payer une indemnité de procédure de 12.000 €, ce qui correspond au montant maximal pour un litige dont l'enjeu n'est pas évaluable en argent.

[136]. Le tribunal peut, en vertu de l'article 1022 du Code judiciaire, augmenter l'indemnité de procédure en tenant compte du caractère manifestement déraisonnable de la situation et de la complexité de l'affaire.

[137]. En l'espèce, il ressort des pièces déposées ainsi que des explications des parties que :

³² Pièce III.3.4 de E e, pp.216-220.

- l'affaire a été introduite à l'audience du 9 juin 2020 ;
- à cette audience d'introduction, les parties ont déposé un calendrier amiable de fixation des délais pour conclure ;
- le calendrier accordait un premier délai à E qui expirait le 11 septembre 2020, tandis que le premier délai X et Y expirait le 13 novembre 2020 ;
- l'ordonnance entérinant le calendrier amiable a été prononcée le 19 juin 2020 ;
- le 19 août 2020, soit en dehors du calendrier prévu, X et Y : ont adressé à I E des conclusions présentant une nouvelle demande subsidiaire d'interprétation de la sentence arbitrale ;
- le 11 septembre 2020, E a déposé ses premières conclusions dans lesquelles elle a notamment répondu à cette nouvelle demande ;
- le 13 novembre 2020, X et Y : ont déposé de nouvelles conclusions dans lesquelles ils ont déclaré retirer leur demande subsidiaire d'interprétation.

[138]. La procédure de mise en état d'une cause prévue par le Code judiciaire a notamment pour objectif de permettre aux parties une bonne organisation de leur temps de préparation du dossier.

[139]. En adressant des conclusions hors délai et portant une nouvelle demande, X et Y n'ont pas respecté cette procédure et ont perturbé le cadre dont disposait E pour organiser sa défense.

[140]. Pour le surplus, X et Y n'expliquent pas ce qui les aurait empêché d'introduire leur nouvelle demande subsidiaire dans le respect du calendrier fixé.

[141]. Par conséquent, E n'avait d'autre choix que de répondre à cette demande subsidiaire dans un délai de moins d'un mois avant l'expiration de son propre délai, et ce, de manière finalement inutile compte tenu du retrait de cette demande par X et Y : dans leurs conclusions ultérieures.

[142]. Le comportement procédural de X et Y décrit ci-dessus justifie la majoration de l'indemnité de procédure au montant de 6.000 €.

IV. DECISION

[143]. Vu la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire ;

[144]. Compte tenu des motifs exposés ci-dessus, le Tribunal, statuant contradictoirement ;

[145]. Déclare la demande d'annulation de la sentence partielle prononcée le 11 février 2020 (arbitrage CCI) non fondée ;

[146]. Condamne les sociétés X et Y aux dépens liquidés dans le chef de I E à 6.000 € (IP majorée) ;

[147]. En application de l'article 269² du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe, condamne les sociétés X et Y à payer à l'Etat belge le droit de mise au rôle (165 €);

[148]. Ainsi jugé et prononcé à l'audience publique extraordinaire de la 4ème chambre du tribunal de première instance francophone de Bruxelles, le 17 juin 2021 où étaient présents et siégeaient : Mme Sabine MALENGREAU, juge

[149]. Assistée de Mme Leila KHALED, greffière