

RECHTSLEER

DOCTRINE

ALGEMEEN HANDELSRECHT/DROIT COMMERCIAL GÉNÉRAL

Le nouveau règlement d'arbitrage de la CCI: observations de droit belge

Yves Herinckx¹

| | |
|--|-----|
| Mesures provisoires et arbitre d'urgence | 208 |
| Arbitrage multipartite et jonction | 212 |
| Confidentialité de la procédure | 214 |
| Rôle de la Cour | 217 |
| Demandes nouvelles | 218 |
| Renonciation aux recours | 218 |
| Honoraires des conseils | 219 |
| Conclusion | 219 |

RÉSUMÉ

Le nouveau règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2012. Cette contribution examine les principales innovations du règlement au regard du droit belge. En matière de mesures provisoires, l'auteur défend la thèse que les arbitres peuvent rendre une décision qui soit simultanément qualifiée de sentence (et soit donc susceptible d'exequatur et d'annulation) au regard du droit belge et d'ordonnance au regard du règlement (et échappe donc à l'examen préalable de la Cour de la CCI). Il examine le nouveau référé arbitral, le chevauchement entre la juridiction des arbitres et du juge des référés, et la possibilité d'un recours en annulation immédiat contre une ordonnance de mesures provisoires des arbitres qui contient aussi une décision sur la compétence. L'auteur considère que la nouvelle disposition du règlement relative à la confidentialité de l'arbitrage ne contient aucune règle de droit matériel, trouve dans le droit belge de l'arbitrage une obligation contractuelle implicite de confidentialité et tente d'en cerner les contours. Il examine également les règles relatives à l'arbitrage multipartite, au pouvoir de la Cour de la CCI et aux demandes nouvelles.

SAMENVATTING

Het nieuwe arbitragereglement van de Internationale Kamer van Koophandel is op 1 januari 2012 in werking getreden. Deze bijdrage onderzoekt de belangrijkste nieuwigheden van het reglement vanuit Belgisch rechtelijk oogpunt. Met betrekking tot voorlopige maatregelen, verdedigt de auteur de stelling dat eenzelfde beslissing van de arbiters tegelijkertijd als uitspraak gekwalificeerd kan worden naar Belgisch recht (en dus vatbaar is voor exequatur en vernietiging) en als beschikking voor de toepassing van het reglement (en dus ontsnapt aan een voorafgaande controle door het Hof van het ICC). Hij beschrijft het nieuwe arbitrale kort geding, de overlappende bevoegdheden van de arbiters en de kortgedingrechter, en de mogelijkheid van een onmiddellijk verzoek tot vernietiging van een voorlopige arbitrale beschikking die tevens een beslissing inhoudt over de bevoegdheid van de arbiters. De auteur vindt geen materieelrechtelijke regel in de bepaling van het reglement inzake confidentialiteit, vindt wel een stilzwijgende contractuele confidentialiteitsverplichting in het Belgisch arbitragerecht en probeert de afbakening ervan te bepalen. Hij bespreekt ook de regels inzake meerpartijenarbitrage, de bevoegdheden van het Hof van het ICC en nieuwe vorderingen.

¹ Avocat, www.herinckx.be.

1. La Chambre de commerce internationale vient de publier une nouvelle version de son règlement d'arbitrage². Le nouveau règlement, dit 'de 2012', est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2012 et remplace l'ancien règlement de 1998. L'on connaît le rôle prépondérant de la CCI comme institution d'arbitrage international et l'importance de son règlement.

La présente note n'a pas pour objet de décrire en détail le

contenu des diverses modifications apportées par le nouveau règlement³, mais plutôt d'examiner certaines de ces modifications au regard particulier du droit belge. Le droit belge sera principalement pertinent lorsque le siège de l'arbitrage est situé en Belgique; il peut l'être également en cas d'*exequatur* en Belgique d'une sentence arbitrale étrangère, ou de demande de mesures provisoires devant les tribunaux belges alors qu'une procédure arbitrale est pendante à l'étranger.

MESURES PROVISOIRES ET ARBITRE D'URGENCE

2. L'article 28, paragraphe 1 du règlement de 2012 permet au tribunal arbitral de prendre "toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il considère appropriée"; l'article 28, paragraphe 2 consacre le droit des parties d'également recourir aux autorités judiciaires pour obtenir de telles mesures. A part quelques corrections de langue, ces dispositions sont identiques à celles qui figuraient à l'article 23 du règlement de 1998. Elles sont conformes aux articles 1696, paragraphe 1, et 1679, paragraphe 2 du Code judiciaire, qui disposent respectivement que "le tribunal arbitral peut ordonner des mesures provisoires et conservatoires à la demande d'une partie, à l'exception d'une saisie conservatoire" et qu'"[u]ne demande en justice tendant à des mesures conservatoires ou provisoires n'est pas incompatible avec la convention d'arbitrage et n'implique pas renonciation à celle-ci".

Les mesures en question peuvent faire l'objet, selon l'article 28, paragraphe 1 du nouveau règlement, d'une 'ordonnance motivée' ou d'une 'sentence' – nécessairement motivée elle aussi. La différence n'est pas purement sémantique. D'une part, les sentences doivent être soumises en projet par le tribunal arbitral à la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, conformément à l'article 33 du nouveau règlement (ou à l'art. 27 du règlement de 1998); les ordonnances ne sont pas soumises à cet examen préalable par la Cour. Or une sentence rendue dans le cadre d'un arbitrage CCI sans avoir été soumise pour examen préalable à la Cour est éventuellement annulable⁴.

D'autre part, et plus fondamentalement, l'on considère généralement que seules les sentences sont susceptibles d'*exequatur* ou de recours en annulation, les simples ordonnances ne l'étant pas, étant entendu que c'est le contenu de la décision plutôt que la dénomination qui lui est donnée par les arbitres qui déterminera sa qualification exacte⁵. La doctrine et la jurisprudence internationales définissent la sentence comme étant toute décision des arbitres qui tranche définitivement tout ou partie du litige qui leur est soumis⁶. Or une décision relative à une mesure provisoire n'est par nature pas définitive. Est-ce à dire qu'une telle décision ne pourrait jamais constituer une sentence susceptible d'*exequatur*?

La controverse, quelle que soit son issue dans d'autres systèmes juridiques, n'a selon nous pas lieu d'être en droit belge. L'article 1699 du Code judiciaire prévoit que "Le tribunal arbitral statue définitivement ou avant dire droit par une ou plusieurs sentences." Une décision avant dire droit est notamment celle qui vise à "régler provisoirement la situation des parties"⁷. Une décision formelle des arbitres qui ordonne des mesures provisoires ou conservatoires doit donc en droit belge être qualifiée de sentence, quelle que soit la dénomination – 'sentence' ou 'ordonnance' – que les arbitres lui ont donnée⁸. A ce titre la décision peut faire l'objet d'un *exequatur* conformément aux articles 1710 ou 1719 du Code judiciaire⁹. L'*exequatur* requiert que la sentence ne puisse plus faire l'objet d'un appel devant des arbitres¹⁰; c'est en ce sens seulement, et non au sens de l'article 19 du Code judiciaire, qu'il faut comprendre les auteurs qui exi-

² Le règlement est disponible sur www.iccwbo.org/court/arbitration.

³ Voy. H. VERBIST, "The New 2012 ICC Rules of Arbitration", *CEPANI Newsletter* 2011, n° 58, p. 7; K. COX, "Herziene ICC Arbitragereglement 2012", *RDC* 2011, p. 946; Th. BERGER et M. ROBERTSON, "The New ICC Rules of Arbitration: A Brief Overview of the Main Changes", [2011] *Int. A.L.R.* 145; N. VÖSER, "Overview of the Most Important Changes in the Revised ICC Arbitration Rules", *ASA Bull.* 2011, p. 783.

⁴ B. HANOTIAU et O. CAPRASSE, "L'annulation des sentences arbitrales", *JT* 2004, p. 413, n° 55.

⁵ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, La Haye, Kluwer, 1999, n°s 1351 et 1352; G.B. BORN, *International Commercial Arbitration*, La Haye, Kluwer, 2009, pp. 2012 et 2013; P. TAELEMAN, "De arbiters en hun bevoegdheden", *TPR* 1999, p. 1709, n° 31.

⁶ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *o.c.*, n°s 1353 et 1357; M. BÜHLER et Th. WEBSTER, *Handbook of ICC Arbitration, Commentary, Precedents, Materials*, 2^{ème} éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2008, n°s 27-3 à 27-9; Cass. fr. 17 juin 2009, *Crédirente / CGG*, *Rev.arb.* 2009, p. 743, note C. CHAINAIS; Paris 25 mars 1994, *Sardisud / Technip*, *Rev.arb.* 1994, p. 391, note Ch. JARROSSON; Paris 1^{er} juillet 1999, *Brasoil / GMRA*, *Rev.arb.* 1999, p. 834, note Ch. JARROSSON; Paris 25 mai 2000, *Guignier / HSA Europe*, *Rev.arb.* 2001, p. 199.

⁷ Art. 19, 2^{ème} al. Code jud.; loi du 19 mai 1998 modifiant les dispositions du Code judiciaire relatives à l'arbitrage, *Exposé des motifs, Doc.parl.* Chambre 1997-98, n° 1374/1, p. 7.

⁸ Une simple lettre des arbitres, ou un procès-verbal d'audience, ne constitue en revanche pas une sentence susceptible d'être déclarée exécutoire: H. VAN HOUTTE, "Voorlopige maatregelen bij arbitrage", *RW* 1989-90, p. 532, section I.B.

⁹ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et international*, T. I, Bruxelles, Bruylant, 2006, n° 481.

¹⁰ Art. 1710, par. 2 et 1723, 1^o Code jud.

gent qu'une sentence soit définitive pour pouvoir être rendue exécutoire¹¹.

Cette conclusion vaut également pour les sentences étrangères devant être exécutées en Belgique. Il semble – mais la question reste débattue – qu'une décision relative à des mesures provisoires ne tombe pas dans le champ d'application de la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, qui ne concerne que les sentences définitives. Ceci n'empêche toutefois pas les juridictions nationales de reconnaître des sentences avant dire droit étrangères selon les critères de leur propre loi¹².

3. Une même décision peut donc à la fois échapper à l'examen préalable de la Cour de la CCI, si les arbitres l'intitulent formellement 'ordonnance', et recevoir force exécutoire en tant que 'sentence'. Il nous paraît en effet que la notion de sentence, pour l'application de l'article 33 du nouveau règlement de la CCI, doit recevoir une interprétation autonome et ne doit pas varier en fonction de la définition que donne à ce terme la loi du siège de l'arbitrage. Il serait absurde que la fonction de supervision exercée par la Cour sur le processus d'arbitrage CCI soit à géométrie variable selon le siège de l'arbitrage et la loi de ce siège. Les parties qui font choix d'un arbitrage CCI adhèrent à un mécanisme institutionnel largement harmonisé au niveau international, et l'on peut supposer que leur intention est précisément de bénéficier autant que possible d'une certaine uniformité internationale et d'éviter trop de couleur locale dans la procédure. Or l'inclusion en droit judiciaire belge des décisions avant dire droit dans le concept de sentence donne à ce concept une portée extrêmement large (une ordonnance de production de document ou autorisant une audition de témoins est par exemple une décision avant dire droit si la mesure était contestée)¹³. S'il fallait soumettre à l'examen préalable de la Cour toutes les décisions de ce type chaque fois que le siège d'un arbitrage CCI est en Belgique, sous prétexte que la décision doit être qualifiée de sentence au sens de l'article 1699 du Code judiciaire, l'on aboutirait à une idiosyncrasie

belge malvenue et assurément non conforme à l'intention des parties qui font choix d'un arbitrage CCI. Le règlement doit par ailleurs être interprété comme un tout. S'il prévoit que les projets de sentences, par opposition aux projets d'ordonnances, doivent être soumis à l'examen préalable de la Cour et que les mesures provisoires peuvent faire l'objet d'une ordonnance, c'est que l'intention des rédacteurs était précisément de ne pas exiger que de telles ordonnances soient soumises à cet examen préalable.

Il faut donc selon nous considérer que sont visées par l'article 33 du règlement, et doivent être soumises à l'examen préalable de la Cour, toutes les décisions du tribunal arbitral qui tranchent définitivement un point en litige ou qui sont expressément intitulées 'sentence' par le tribunal arbitral. La question – interprétation autonome ou selon le droit de l'arbitrage – reste néanmoins délicate et controversée¹⁴.

4. Pour les mêmes raisons, une décision formelle des arbitres ordonnant des mesures provisoires ou conservatoires est immédiatement susceptible d'un recours en annulation. La seule condition de recevabilité mise au recours en annulation par l'article 1706, paragraphe 2 du Code judiciaire est que la sentence ne soit plus susceptible d'appel devant des arbitres; c'est la même condition que celle que prévoit l'article 1710, paragraphe 2 du code pour l'octroi de l'*exequatur*. Ni dans un cas ni dans l'autre il n'est requis que la sentence soit définitive plutôt qu'avant dire droit¹⁵. Compte tenu du lien procédural qui existe entre l'*exequatur* et l'annulation, et en particulier de la déchéance du droit de demander l'annulation un mois après la signification de la décision d'*exequatur*, il est d'ailleurs indispensable que le recours en annulation soit ouvert contre les sentences avant dire droit sans attendre la sentence définitive. La sixième partie du Code judiciaire, relative à l'arbitrage, ne contient en effet pas de disposition équivalente à l'article 1055 du code qui permet d'encore interjeter appel contre un jugement avant dire droit, même hors délai, avec l'appel contre le jugement définitif.

Une sentence par laquelle le tribunal arbitral se déclare compétent ne peut être attaquée qu'en même temps que la sen-

11. G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *o.c.*, n°s 523 et 615; H. VAN HOUTTE et E. VALGAEREN, "De exequatur procedure van arbitrage-uitspraken", *RDC* 1997, p. 275, n° 2. *Contra*: Ph. DE BOURNONVILLE, "L'arbitrage", *Rép.not.*, Bruxelles, Larcier, 2000, n° 261, qui exige que "l'arbitre ait épuisé sa juridiction sur la question litigieuse".

12. A.J. VAN DEN BERG, "New York Convention of 1958: Refusals of Enforcement", *ICC Bull.* 2007, n° 2, p. 1, spéc. p. 26; D. OTTO in H. Kronke, P. NACIMIENTO, D. OTTO et N.Ch. PORT, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, A Global Commentary on the New York Convention*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2010, pp. 155 à 158; A. YESILIRMAK, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, La Haye, Kluwer, 2005, n°s 6-35 à 6-41; G.B. BORN, *o.c.*, pp. 2353 à 2358; N. VOSER, *o.c.*, n° 10.7.

13. Cass. 22 septembre 1993, *Pas.* 1993, I, p. 726; 26 juin 1995, *Pas.* 1995, I, p. 693.

14. Dans sa note sous l'arrêt *Brasoil* citée *supra* (note 6, n°s 10 et 11), le professeur Jarrosson l'aborde "sans prétendre [la] trancher ici" et hésite entre une interprétation selon la loi du for, la loi de procédure de l'arbitrage et la loi du fond, sans suggérer l'approche d'une interprétation autonome. Voy. aussi Y. DERAIS et E. SCHWARTZ, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, 2^{ème} éd., La Haye, Kluwer, 2005, pp. 29 à 32, qui semblent également appliquer à la question un droit national, sans toutefois déterminer lequel. Le règlement d'arbitrage de la CCI n'est pas d'une grande aide à ce propos. Son art. 2 dispose que "[d]ans le Règlement [...] 'sentence' s'entend notamment d'une sentence intérimaire, partielle ou finale"; mais la version anglaise du règlement utilise le même mot 'interim' pour traduire aussi bien le terme 'intérimaire' que le terme 'provisoire' chaque fois qu'ils apparaissent dans la version française.

15. G. KEUTGEN, "La nouvelle loi sur l'arbitrage", *JT* 1998, p. 761, n° 50. Gand 19 juin 2009, *RDJP* 2001, p. 59, semble dire le contraire mais est en réalité ambigu sur ce point: l'arrêt déclare irrecevable le recours en annulation introduit contre divers 'rapports' préliminaires préparés par des arbitres, aux motifs d'une part qu'il ne s'agit pas de décisions définitives et d'autre part qu'il ne s'agit pas de sentences, après avoir cité l'art. 1699 du Code judiciaire et le fait qu'une sentence peut être une décision définitive ou une décision avant dire droit.

tence sur le fond ('de uitspraak in de hoofdzaak'), en vertu de l'article 1697, paragraphe 3 du code. Qu'en est-il lorsque la sentence qui ordonne des mesures provisoires se prononce également sur la compétence des arbitres? La compétence des arbitres peut-elle être mise en question devant le tribunal de première instance dans le cadre du recours en annulation contre la décision relative aux mesures provisoires, ou d'une opposition à une déclaration d'*exequatur* de cette décision? Ou faut-il au contraire considérer que le principe *Kompetenz-Kompetenz* qui est à la base de l'article 1697 justifie que les arbitres, une fois qu'ils se sont déclarés compétents, restent maîtres de leur procédure pendant toute la durée de celle-ci et gardent pendant cette période la compétence incontestable d'organiser les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires?

La question est difficile. Une apparente analogie se présente avec l'article 1050, 2^{ème} alinéa du Code judiciaire, selon lequel un appel contre une décision rendue sur la compétence ne peut être formé qu'avec l'appel contre le jugement définitif. Lorsque le jugement dont appel contient à la fois une décision sur la compétence et une décision avant dire droit, la doctrine considère que l'appel est permis mais uniquement en ce qui concerne la partie du jugement constituant la décision avant dire droit¹⁶. Cette analogie n'est toutefois pas concluante, car la portée de l'article 1050, 2^{ème} alinéa, est limitée aux questions de compétence à l'exclusion des questions de juridiction, alors que l'article 1697, paragraphe 3 concerne précisément la juridiction et non la compétence des arbitres¹⁷. En outre la terminologie est différente; l'article 1697 diffère l'appel sur la compétence jusqu'à la 'sentence sur le fond', tandis que l'article 1050 le reporte jusqu'au 'jugement définitif'.

La simple lecture du texte de l'article 1697, paragraphe 3 aide peu l'interprète. Le concept de "fond" qui y est mentionné est utilisé par le Code judiciaire en de multiples endroits sans grande cohérence; parfois le mot est utilisé par simple opposition au référé ou à la saisie (par exemple, art. 1369*bis*/7, § 2 et 1369*ter*), parfois il vise simplement la totalité du litige

(art. 1068 et 1070). Le concept de 'hoofdzaak' n'y est pour sa part que fort peu utilisé, et quand il l'est c'est pour traduire 'principal' plutôt que 'fond' (art. 859 et 869).

Il nous paraît que, saisis d'un recours contre une sentence arbitrale statuant à la fois sur la compétence et sur des mesures avant dire droit, les tribunaux judiciaires ont le pouvoir d'examiner les deux volets de la sentence. L'article 1697, paragraphe 3 n'a donc pas les mêmes effets que l'article 1050, 2^{ème} alinéa du Code judiciaire, malgré leur similitude apparente. Un argument de texte soutient cette solution: l'article 1706, paragraphe 1, requiert que les causes de nullité d'une sentence soient "proposées [...] dans une seule et même procédure". Plus fondamentalement, l'interprétation contraire étendrait l'application du principe *Kompetenz-Kompetenz* au-delà de sa véritable portée: si ce principe donne aux arbitres le pouvoir d'apprécier leur propre compétence, cette appréciation reste toujours soumise au contrôle ultime des tribunaux judiciaires; lorsqu'il n'y a au départ pas de convention d'arbitrage valable, personne ne peut s'auto-proclamer arbitre et s'approprier la résolution d'un litige. La Cour suprême d'Angleterre l'a récemment rappelé: "an arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction but cannot be the final arbiter of jurisdiction, for this would provide a classic case of pulling oneself up by one's own bootstraps"¹⁸. Un tribunal judiciaire appelé à statuer sur l'*exequatur* ou l'annulation de mesures provisoires ordonnées par des soi-disant arbitres doit donc nécessairement pouvoir vérifier si ces arbitres avaient bien le pouvoir qu'ils prétendent détenir.

5. Le tribunal arbitral peut assortir sa décision d'une astreinte, conformément à l'article 1709*bis* du Code judiciaire. Cet article renvoie notamment à l'article 1385*bis* du même code qui prévoit que "[l]astreinte ne peut être encourue avant la signification du jugement qui l'a prononcée", ce qui s'interprète, lorsqu'il s'agit d'une sentence arbitrale, comme visant la signification de la sentence après déclaration d'*exequatur*¹⁹. Ceci confirme encore, si besoin en était, qu'une décision arbitrale en matière de mesures provisoires est susceptible d'*exequatur*; à défaut, les arbitres ne pour-

16. P. VAN RILLAER, "Het hoger beroep tegen een beslissing inzake de bevoegdheid" (note sous Cass. 13 février 2003), *RW* 2002-03, p. 1583, n° 8 et "Art. 1050 Ger.W.", *Gerechtigd recht. Artikelsgewijze commentaar*, Malines, Kluwer, 2002, n° 55; F. GUEBS, "La voie d'appel et les jugements sur la compétence: conditions et dimensions nouvelles", *Ann.dr.Louvain* 1994, p. 309, nos 21 à 25; G. VAN MELLAERT, "Over het begrip eindvonnis en tergende beroepen" (note sous Bruxelles 2 octobre 1997), *AJT* 1999-2000, p. 291, n° 2.3.3; K. VAN DAMME, "Het begrip 'eindvonnis' in art. 1050, lid 2 Ger.W.: één vlag, vele ladingen" (note sous Anvers 14 juin 1999), *AJT* 2000-01, p. 29, n° 3; K. BROECKX, *Het recht op hoger beroep en het beginsel van de dubbele aanleg in het civiele geding*, Anvers, Maklu, 1995, nos 353 à 356.

17. L'usage du mot 'bevoegdheid' plutôt que 'rechtsmacht' à l'art. 1697 du Code judiciaire est jugé 'ongelukkig' par Bruxelles 18 mars 2008, RG n° 2005/AR/2497, <http://jure.juridat.just.fgov.be>; voy. aussi Cass. 13 octobre 1998, *Pas.* 1998, I, p. 1031; M. PIERS, "De beslissing van de rechter over een exceptie van arbitrage is onmiddellijk vatbaar voor hoger beroep" (note sous Anvers 7 avril 2003), *RDC* 2004, p. 572; H. BOULARBAH, "Le jugement statuant [sur] un déclinatoire de juridiction des cours et tribunaux belges est-il 'une décision rendue sur la compétence' au sens des articles 1050, alinéa [2], et 1055 du Code judiciaire?" (note sous Liège 5 mars 2002), *JT* 2003, p. 8; E. BREWAEYS, "t Is maar een woord? Het eindvonnis van artikel 1050, tweede lid Ger.W." (note sous Cass. 24 juin 2005), *RABG* 2006, p. 356, n° 2.2; P. TAELEMAN, "Hoger beroep tegen vonnis inzake rechtsmacht/bevoegdheid" (note sous Anvers 17 novembre 2003), *RDJP* 2006, p. 165, n° 4; G. DE LEVAL, "L'arbitre et le juge étatique: quelle collaboration?", *RDIC* 2005, p. 6, spéc. p. 8; Gand 2 octobre 2006, *Revue@dipr.be* 2007, n° 2, p. 68; Mons 15 juin 1995, *JT* 1996, p. 80.

18. *Dallah Real Estate / Pakistan*, [2010] UKSC 46, considérant 159, www.supremecourt.gov.uk. La Cour suprême citait une image empruntée aux travaux préparatoires de l'Arbitration Act 1996.

19. K. WAGNER, *Dwangsom*, APR, Malines, E.Story-Scientia, 2003, n° 60; L. DEMEYERE, "De wet van 19 mai 1998 tot wijziging van de bepalingen van het Gerechtigd Wetboek betreffende de arbitrage", *RW* 1998-99, p. 868, section I.F.; P. TAELEMAN, *o.c.*, n° 16; J. VAN COMPENOLLE, "L'arbitre et le Code judiciaire", *RDIC* 2005, p. 21, n° 22.

raient pas prononcer une astreinte pour renforcer une mesure provisoire, or la pratique judiciaire montre que c'est particulièrement dans le cadre de ce type de mesures que les astreintes sont utiles.

6. Outre la reprise des règles anciennes relatives aux mesures provisoires pouvant être prises par le tribunal arbitral, le règlement de 2012 introduit le mécanisme de l'arbitre d'urgence, ou en d'autres mots du référé arbitral. C'est l'une de ses principales innovations.

L'arbitre d'urgence fait l'objet de l'article 29 et de l'appendice V du nouveau règlement. La procédure de référé arbitral a uniquement vocation à s'appliquer lorsque le tribunal arbitral n'est pas encore en mesure de prendre lui-même les mesures provisoires demandées: l'arbitre d'urgence peut être nommé avant le dépôt d'une demande d'arbitrage au fond (mais la demande au fond doit ensuite être introduite dans les dix jours de la demande en référé), ou lorsqu'une telle demande a déjà été déposée mais que le tribunal arbitral n'a pas encore été constitué ou n'a pas encore reçu le dossier. Une fois nommé, l'arbitre d'urgence peut poursuivre sa mission et rendre son ordonnance même si le tribunal a entre-temps été mis en place. L'arbitre d'urgence est un arbitre unique, désigné à bref délai – dans les deux jours, normalement – par le président de la Cour. Il ne pourra pas siéger ensuite comme membre du tribunal arbitral en charge du litige au fond²⁰.

L'objet du référé arbitral est limité aux mesures conservatoires ou provisoires urgentes (alors que les mesures prises par le tribunal arbitral en application de l'art. 28 du règlement ne sont soumises à aucune condition d'urgence). La procédure est contradictoire, et ne permet pas la requête unilatérale. L'arbitre d'urgence rend sa décision sous la forme d'une ordonnance motivée, normalement dans les 15 jours de la remise du dossier du demandeur. La décision ne porte pas préjudice au fond, et peut être modifiée ou rapportée par le tribunal arbitral une fois celui-ci constitué. Le règlement contient un engagement contractuel des parties de se conformer à l'ordonnance.

L'arbitre d'urgence liquide provisoirement les frais de la procédure de référé arbitral, fixés en principe à un forfait de 40.000 dollars pour les honoraires et frais de l'arbitre et de la CCI. Le tribunal arbitral procédera à une liquidation définitive dans le cadre de sa décision au fond.

Les dispositions relatives au référé arbitral ne s'appliquent qu'aux conventions d'arbitrage conclues à partir du

1^{er} janvier 2012. Ceci déroge à la règle générale selon laquelle les modifications apportées par le nouveau règlement s'appliquent à tous les arbitrages introduits à partir du 1^{er} janvier 2012, indépendamment de la date de la convention (art. 6, par. 1 des règlements de 1998 et 2012).

7. Au contraire du mécanisme de 'référé pré-arbitral' introduit par la CCI en 1990, que la cour d'appel de Paris a assimilé à un mécanisme de tierce décision obligatoire et a refusé de considérer comme un arbitrage²¹, l'arbitrage d'urgence est un véritable arbitrage. Les termes de l'article 29 du nouveau règlement ne laissent aucun doute à cet égard. Ce qui a été dit plus haut aux numéros 2 et 4 sur l'*exequatur* et l'annulation des décisions du tribunal arbitral ordonnant des mesures provisoires sur la base de l'article 28 du nouveau règlement s'applique donc aux ordonnances rendues par un arbitre d'urgence sur la base de l'article 29, et le pouvoir de condamner à une astreinte appartient aussi à l'arbitre d'urgence.

8. De la même manière que l'article 28, paragraphe 2, en ce qui concerne les mesures provisoires prises par le tribunal arbitral, l'article 29 confirme la compétence – ou à proprement parler la juridiction – concurrente de l'arbitre d'urgence et des tribunaux étatiques.

L'existence d'une convention d'arbitrage peut toutefois aboutir à restreindre la compétence du juge des référés étatique. Conformément à l'arrêt *Van Uden* de la Cour de justice de l'Union européenne, l'existence d'une convention d'arbitrage empêche le juge des référés d'un Etat membre de se déclarer compétent pour la seule raison qu'il appartient à la juridiction qui aurait été compétente au fond; il ne peut tirer sa compétence que d'un lien de rattachement objectif entre les mesures sollicitées et le territoire de son Etat²². En pratique cela signifiera généralement que le juge des référés compétent sera celui du lieu où les mesures provisoires doivent être exécutées.

L'on connaît la formule consacrée et encore récemment répétée par la Cour de cassation selon laquelle l'urgence justifiant l'intervention du juge des référés se déduit du fait que "la procédure ordinaire serait impuissante à résoudre le différend en temps voulu"²³. Le référé arbitral n'est pas, au sens de cette formule, une 'procédure ordinaire' qui justifierait que le juge étatique des référés perde son rôle; le demandeur de mesures urgentes a le choix de s'adresser en référé soit à l'arbitre d'urgence soit au juge étatique, sans que l'existence de l'un ne fasse obstacle au pouvoir de l'autre²⁴. En revan-

²⁰. Sur la délicate question de la perte d'impartialité de l'arbitre qui a jugé d'une affaire en référé, voy. 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?", *RDIDC* 2010, p. 386, n° 9.

²¹. Paris 29 avril 2003, *Congo / Total Fina Elf, Rev.arb.* 2003, p. 1296, note Ch. JARROSSON.

²². CJCE 17 novembre 1998, C-391/95, *Van Uden / Deco-Line*, considérants 24, 25, 34 et 40; H. BOULARBAH, "Les mesures provisoires en droit commercial international: développements récents au regard des Conventions de Bruxelles et de Lugano", *RDC* 1999, p. 604, n° 4.

²³. Cass. 21 mai 1987, *Pas.* 1987, I, p. 1160; 13 septembre 1990, *Pas.* 1991, I, p. 41; 23 septembre 2011, RG n° C.10.0279.F.

²⁴. Cass. 2 septembre 1988, *Pas.* 1989, I, p. 2; L. SIMONT, "Voorlopige en bewarende maatregelen en korte debatten in het kader van de arbitrageprocedure", *Liber Amicorum Jozef Van Den Heuvel*, Anvers, Kluwer, 1999, p. 213, spéc. p. 219; Prés. comm. Hasselt 16 février 2004, *RDC* 2005, p. 86, note J. DECOKER, "Kort geding en arbitrage in drie stappen"; Prés. comm. Gand 16 juin 1993, *TGR* 1994, p. 10.

che, dès qu'il s'agit de mesures provisoires que le tribunal arbitral est lui-même capable de prendre en temps voulu sur la base de l'article 28, paragraphe 1 du règlement de 2012 de la CCI – ce qui supposera normalement que ce tribunal ait déjà été constitué – l'urgence nécessaire aura disparu et les pouvoirs du tribunal arbitral excluront ceux du juge des référés²⁵. De la même manière que lorsqu'un défendeur conteste l'urgence au motif que les mesures demandées pourraient aussi bien être obtenues auprès du juge du fond sur la base de l'article 19, 2^{ème} alinéa du Code judiciaire, le juge des référés devra vérifier concrètement si cela est réaliste dans les délais voulus, et garde un large pouvoir d'appréciation; le simple fait que le tribunal arbitral ait été constitué n'exclut pas nécessairement l'intervention du juge des référés²⁶.

Il y a concurrence de juridiction, en ce qui concerne les mesures provisoires, aussi bien avec les juges des référés qu'avec les juridictions ordinaires. Celles-ci restent en effet compétentes, par la combinaison des articles 19, 2^{ème} alinéa et 1679, paragraphe 2 du Code judiciaire, pour ordonner toute mesure "destinée [...] à régler provisoirement la situation des parties"²⁷.

Vu leur nature provisoire, les mesures en question peuvent être modifiées ou rapportées si les circonstances évoluent. Des mesures ordonnées par un juge des référés peuvent ainsi être réexaminées par un tribunal arbitral, que ce soit dans sa sentence définitive ou par une autre décision provisoire. Le

tribunal arbitral ne pourrait toutefois les modifier ou les supprimer par une nouvelle décision provisoire que si les circonstances de fait ont changé; il ne pourrait pas, toutes autres choses égales par ailleurs, simplement contredire l'ordonnance du juge par une appréciation différente²⁸.

9. L'article 1691 du Code judiciaire organise la procédure de récusation d'un arbitre, par citation devant le tribunal de première instance, et impose la suspension de l'arbitrage pendant cette procédure. Au contraire de l'article 838 du code qui fixe des délais très brefs pour statuer sur la récusation d'un magistrat, aucun délai n'est prévu. L'on connaît également la controverse quant au caractère appellable ou non du jugement du tribunal de première instance qui se prononce sur une demande de récusation d'un arbitre²⁹. Une demande de récusation d'un arbitre peut donc retarder considérablement la procédure d'arbitrage.

Lorsqu'il s'agit d'un arbitrage CCI, toutefois, le règlement dispose que c'est la Cour internationale d'arbitrage de la CCI qui statue sur les demandes de récusation, et l'article 3 de l'appendice V du règlement prévoit une procédure accélérée lorsque la demande concerne un arbitre d'urgence. Cette procédure interne à la CCI se substitue à celle de l'article 1691 du Code judiciaire et évite ainsi que le référé arbitral ne soit paralysé par une tentative, fût-elle spécieuse, de récusation³⁰.

ARBITRAGE MULTIPARTITE ET JONCTION

10. Les articles 7 à 10 du règlement de 2012 traitent du sujet complexe de l'arbitrage multipartite et de la jonction de procédures d'arbitrage. Ces dispositions sont en grande partie nouvelles. Leur contenu l'est moins, toutefois, parce qu'elles reflètent dans une certaine mesure la pratique prétorienne antérieure de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI³¹.

11. Le processus de mise en place du tribunal arbitral ne peut conférer à aucune partie une "situation privilégiée en ce qui concerne la désignation de l'arbitre ou des arbitres", aux termes de l'article 1678, paragraphe 1 du Code judiciaire, sous peine de nullité de la convention d'arbitrage. Le schéma classique par lequel chacune des deux parties propose un arbitre, et les deux arbitres ainsi désignés en choisissent un

²⁵ O. CAPRASSE, *Les sociétés et l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2002, nos 529 à 533; G. DE LEVAL, "Les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage", *Arbitrage et mode alternatif de règlement des conflits*, Liège, C.U.P., 2002, p. 167, spéc. p. 177; P. TAELEMAN, *l.c.*, nos 6 et 7; G. CLOSSET-MAR-CHAL, "Le juge étatique et l'instance arbitrale", *JT* 2010, p. 245, nos 10 et 11.

²⁶ Prés. civ. Bruxelles 30 avril 1993, *JLMB* 1994, p. 240; H. VAN HOUTTE, K. COX et S. COOLS, *overz. rechtspr.*, "Arbitrage (1972-2006)", *RDC* 2007, p. 111, n° 65; G. KEUTGEN, *ex. jur.*, "L'arbitrage (1987 à 1992)", *JT* 1993, p. 677, n° 37.

²⁷ Civ. Courtrai 13 janvier 1992, *TRV* 1994, p. 344.

²⁸ G. DE LEVAL, "Les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage", *o.c.*, pp. 178 et 179; Sent. arb. 17 mai 2002, *RDJP* 2002, p. 350. Sur la réversibilité des ordonnances de référé en général, voy. Cass. 18 avril 2002, *Pas.* 2002, I, p. 923.

²⁹ G.-A. DAL, "De la récusation des arbitres", *Liber Amicorum Guy Keutgen*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 347; M. STORME et M. VOORDECKERS, *overz. rechtspr.*, "Arbitrage (1989-2005)", *TPR* 2005, p. 1243, n° 37.

³⁰ G. KEUTGEN, "L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre en droit belge", *L'impartialité du juge et de l'arbitre*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 275, nos 15 et 16; D. DE MEULEMEESTER, "Wraking en institutionele arbitrage", *NjW* 2005, p. 650, nos 7 et 11; H. HENRY, *Les procédures de récusation et de dessaisissement*, Bruxelles, Larcier, 2009, n° 125; H. VAN HOUTTE, "Les décisions des institutions arbitrales" (note sous Cass. 8 décembre 1988), *RDC* 1989, p. 935; M. STORME et M. VOORDECKERS, *o.c.*, n° 35; H. VAN HOUTTE, K. COX et S. COOLS, *o.c.*, n° 87; Civ. Bruxelles 5 novembre 2004, *NjW* 2005, p. 671; Prés. civ. Bruxelles 16 novembre 2011, *CEPANI Newsletter* 2012, n° 61, p. 10; *contra*: Bruxelles 21 juin 2005, RG n° 2004/AR/3106, *inédit*, cité par G. KEUTGEN, *l.c.* et M. STORME et M. VOORDECKERS, *l.c.*

³¹ Sur le sujet de l'arbitrage multipartite en général, voy. B. HANOTIAU, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*, La Haye, Kluwer, 2006; P. VAN OMMESLAGHE, "L'arbitrage multipartite", *L'arbitrage*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, 1983, p. 109; J. VAN COMPERNOLLE, "L'arbitrage multipartite", *L'arbitrage. Travaux offerts au professeur Albert Fettweis*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1989, p. 81. Sur la pratique de la Cour, voy. B. HANOTIAU, *o.c.*, nos 378 à 390, 407 et 408.

troisième qui présidera, répond parfaitement à cette exigence mais n'est pas transposable lorsqu'il y a plus de deux parties. La Cour de cassation française a ainsi censuré sur la base d'un "principe de l'égalité des parties dans la désignation des arbitres", dans une affaire opposant un demandeur et deux défendeurs, la composition d'un tribunal de trois arbitres dont le premier avait été choisi par le demandeur et le deuxième avait dû être choisi conjointement par les deux défendeurs³².

L'article 12, paragraphes 6 à 8 du nouveau règlement prévoit dès lors que, lorsqu'il y a plus de deux parties, soit la difficulté se résout parce que certaines parties acceptent volontairement de 'faire bloc' et de proposer conjointement un même arbitre, soit toutes les désignations sont faites par la Cour de la CCI elle-même. L'article 7, paragraphe 1 du règlement prévoit par ailleurs qu'une partie tierce ne peut plus être forcée à intervenir dans un arbitrage après la nomination des arbitres. Ces dispositions aboutissent à éviter toute contradiction entre le règlement et l'article 1678, paragraphe 1 du code.

12. L'article 7 du règlement de 2012 traite de l'intervention. Il ne vise que l'intervention forcée et ne prévoit aucune possibilité d'intervention volontaire, ceci alors que l'article 1696*bis* du Code judiciaire prévoit que "[t]out tiers intéressé peut demander au tribunal arbitral d'intervenir dans la procédure" pour autant qu'il existe une convention d'arbitrage entre toutes les parties et moyennant l'assentiment unanime du tribunal arbitral. Cette apparente contradiction ne nous semble pas problématique: le code subordonne le droit d'intervenir volontairement dans un arbitrage en cours à l'existence d'une convention d'arbitrage entre l'intervenant et les parties déjà en litige; la règle légale par défaut est donc que les tiers n'ont aucun droit à intervenir volontairement dans un arbitrage. Il n'y a aucune raison de penser que ce qui est la règle générale ne pourrait pas valablement être répété dans une convention ou un règlement d'arbitrage; autrement dit, un règlement ou une convention d'arbitrage peuvent être plus restrictifs que l'article 1696*bis* du code.

L'appel d'un tiers en intervention forcée dans l'arbitrage est permis par l'article 7, paragraphe 1 du nouveau règlement mais est soumis à des conditions strictes: le tiers doit être lié par la convention d'arbitrage (ceci découle du renvoi fait par l'art. 7, par. 1, à l'art. 6, par. 3 à 7), et – sauf accord de toutes les parties – aucun arbitre ne peut encore avoir été nommé. L'article 1696*bis* du Code judiciaire, de même, permet les appels en intervention forcée et prévoit que ceci n'est possible que si le tiers est lié par la convention d'arbitrage; mais il ne limite pas cette possibilité à la période précédant la

nomination des arbitres et prévoit au contraire que l'intervention est conditionnée à l'assentiment unanime des arbitres, ce qui suppose que ceux-ci aient déjà été nommés. Pour les mêmes raisons qu'au paragraphe précédent, nous pensons que rien n'empêche une convention ou un règlement d'arbitrage de soumettre la possibilité d'une intervention forcée à des conditions plus restrictives que celles que prévoit le code, et qu'il n'y a donc aucune objection à faire cesser ce droit dès la mise en place d'un arbitre. Quant à l'exigence d'assentiment unanime des arbitres prévue par le code, elle s'explique simplement par la raison que l'on ne peut imposer à des arbitres une extension de leur mission sans leur accord³³; or un arbitre qui accepte de siéger dans un arbitrage CCI "s'engage à l'accomplir [sa mission] jusqu'à son terme conformément au règlement", selon les termes de l'article 11, paragraphe 5 du règlement de 2012, ce qui inclut selon nous une acceptation implicite des éventuelles extensions de mission qui interviendraient conformément au règlement. Il n'est donc pas nécessaire qu'une intervention forcée faite conformément à l'article 7 du règlement reçoive encore l'assentiment formel et unanime du tribunal arbitral.

13. La jonction de procédures initialement distinctes fait l'objet de l'article 10 du nouveau règlement. La jonction peut être ordonnée par la Cour de la CCI, sur demande d'une partie, si l'une des trois conditions suivantes est remplie: (a) accord de toutes les parties, (b) chacune des procédures résulte de la même convention d'arbitrage, ou (c) les différentes procédures intéressent les mêmes parties, découlent du même rapport juridique, et sont basées sur des conventions d'arbitrage compatibles entre elles. Une incompatibilité se présentera par exemple si une convention prévoit un arbitre unique et l'autre trois arbitres, ou si l'une fixe le lieu de l'arbitrage à Bruxelles et l'autre à Paris.

Aucune de ces conditions ne pose de difficulté particulière au regard du droit belge. Le mécanisme qu'elles mettent en place reste très timide et est inspiré en premier lieu – à juste titre, même si le résultat n'est pas toujours idéal – par l'idée que des arbitres n'ont pas d'autres pouvoirs que ceux que les parties leur ont conférés, et que de simples impératifs de bonne administration de la justice sont impuissants à justifier une extension de ces pouvoirs. L'exemple classique est celui des litiges connexes entre, d'une part, un maître de l'ouvrage et son entrepreneur et, d'autre part, l'entrepreneur et son sous-traitant; sauf accord des trois parties, et même si chacun des deux litiges contient une clause d'arbitrage CCI, le règlement de 2012 ne permet pas de les joindre.

Le règlement est cohérent avec la jurisprudence de la Cour de cassation, selon laquelle la connexité existant entre d'une part une demande principale soumise aux tribunaux de

³². Cass. fr. 7 janvier 1992, *BKMI et Siemens / Dutco*, *Rev.arb.* 1992, p. 470, note P. BELLET, commenté par G. KEUTGEN, *ex. jur.*, "L'arbitrage (1987 à 1992)", *o.c.*, n° 20.

³³. Loi du 19 mai 1998 modifiant les dispositions du Code judiciaire relatives à l'arbitrage, *Exposé des motifs*, *l.c.*, p. 7; G. KEUTGEN, "La nouvelle loi sur l'arbitrage", *o.c.*, n° 39.

l'ordre judiciaire, et d'autre part une demande en intervention et garantie fondée sur un contrat prévoyant une clause d'arbitrage, ne permet pas de joindre les deux demandes devant les tribunaux judiciaires³⁴. La Cour de cassation impose en revanche la jonction et refuse de donner effet à la

clause d'arbitrage s'il s'agit d'indivisibilité plutôt que de connexité, l'indivisibilité s'entendant ici au sens de l'article 31 du Code judiciaire, c'est-à-dire du risque d'impossibilité matérielle d'exécution conjointe des décisions distinctes³⁵.

CONFIDENTIALITÉ DE LA PROCÉDURE

14. Le règlement de 1998 donnait aux arbitres le pouvoir de "prendre toute mesure pour protéger les secrets d'affaires et les informations confidentielles" (art. 20, par. 7). Le nouveau règlement y ajoute le pouvoir de "rendre des ordonnances concernant la confidentialité de la procédure" (art. 22, par. 3).

L'addition de ces quelques mots n'est pas anodine. Elle intervient dans le contexte d'une controverse internationale sur l'existence ou non d'un principe de confidentialité dans l'arbitrage, depuis que la Haute Cour d'Australie a décidé en 1995 dans l'affaire *Esso Australia Resources Ltd / Plowman* que l'arbitrage n'est pas par nature confidentiel et que les parties sont donc en principe libres de rendre publiques les informations obtenues à l'occasion de la procédure³⁶. Les Etats-Unis ne connaissent pas non plus d'obligation générale de confidentialité en matière d'arbitrage³⁷, de même que la Suède suite à l'arrêt de sa Cour suprême dans l'affaire *Bulbank*³⁸. Le droit anglais en revanche impose aux parties un devoir de confidentialité, découlant de la nature même de l'arbitrage, qui porte sur tous les documents et éléments de preuves soumis lors de l'arbitrage ou figurant dans la sentence; le principe connaît toutefois diverses exceptions, parfois fort larges comme celle qui joue lorsque les 'intérêts légitimes' d'une partie justifient une divulgation³⁹. La juris-

prudence anglaise sur la question est particulièrement riche et nuancée. En France, le nouveau décret sur l'arbitrage dispose que "sous réserve des obligations légales et à moins que les parties n'en disposent autrement, la procédure arbitrale est soumise au principe de confidentialité"⁴⁰, suivant en cela une jurisprudence et une doctrine établies⁴¹. Le tribunal fédéral suisse reconnaît que l'arbitrage poursuit fréquemment un objectif de confidentialité, mais y voit une question d'espèce plus qu'un principe général⁴². La CNUDCI attirait déjà en 1996 l'attention des praticiens sur la disparité des droits nationaux à cet égard⁴³. La Cour européenne des droits de l'homme a récemment confirmé que l'exigence de publicité des procès, prévue par l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme, ne s'applique pas à l'arbitrage volontaire⁴⁴.

La CCI n'a pas voulu suivre l'exemple d'autres institutions arbitrales dont le règlement impose expressément aux parties une obligation de confidentialité. Le règlement d'arbitrage de l'OMPI, par exemple, va jusqu'à prévoir que l'existence même d'un arbitrage est en principe secrète⁴⁵. Ce fut un choix délibéré de la CCI, en raison d'une part de la difficulté de réunir un consensus face à la diversité des traditions nationales, et d'autre part du souhait de rendre la procédure CCI plus attrayante pour les entités étatiques qui souhaitent

³⁴. Cass. 9 novembre 1995, *Pas.* 1995, I, p. 1018; M. STORME et M. VOORDECKERS, *o.c.*, n°s 23 et 24; H. VAN HOUTTE, K. COX et S. COOLS, *o.c.*, n°s 50 à 53.

³⁵. Cass. 9 mai 1963, *Pas.* 1963, I, p. 956, critiqué par B. HANOTIAU, *o.c.*, n° 269.

³⁶. *Esso Australia Resources Ltd / Plowman*, [1995] HCA 19, et www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/1995/19.html. La Haute Cour est la plus haute juridiction en Australie.

³⁷. *United States / Panhandle Eastern Corp. et al.*, 118 F.R.D. 346 (D. Del. 1988). L'affaire concernait précisément un arbitrage CCI.

³⁸. Cour suprême de Suède 27 octobre 2000, *Bulbank*, *Rev.arb.* 2001, p. 821, note S. JARVIN et G. REID.

³⁹. L'état le plus récent de la jurisprudence anglaise est exprimé par la cour d'appel dans les affaires *Emmott / Michael Wilson & Partners*, [2008] EWCA Civ 184 et *Ali Shipping Corporation / Shipyard Trogir*, [1997] EWCA Civ 3054, www.bailii.org. Pour une analyse récente de l'évolution de cette jurisprudence, voy. M. HWANG et K. CHUNG, "Defining the Indefinable: Practical Problems of Confidentiality in Arbitration", (2009) 26 J. Int. Arb. 5, p. 609.

⁴⁰. Art. 1464, al. 4 du Code de procédure civile, introduit par le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage. Quant à la nature de principe général de la règle et à ses limites en matière d'arbitrage international, voy. Ch. JARROSSON et J. PELLERIN, "Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011", *Rev.arb.* 2011, p. 5, n°s 34 et 86.

⁴¹. Paris 18 février 1986, *Aita / Ojje*, *Rev.arb.* 1986, p. 583; Prés. comm. Paris 22 février 1999, *Bleustein / True North*, *Rev.arb.* 2003, p. 189, réformé mais sur des motifs de procédure par Paris 17 septembre 1999, *Rev.arb.* 2003, p. 194; *contra* Paris 22 janvier 2004, *Nafimco / Foster Wheeler Trading*, *Rev.arb.* 2004, p. 647, note critique E. LORQUIN; E. GAILLARD, "Le principe de la confidentialité de l'arbitrage commercial international", *D.* 1987, p. 153; J.-L. DEVOLVÉ, "Vraies et fausses confidences, ou les petits et les grands secrets de l'arbitrage", *Rev.arb.* 1996, p. 373; E. LOQUIN, "Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage", *Rev.arb.* 2006, p. 323.

⁴². ATF 4P.74/2006 du 19 juin 2006, www.bger.ch et *ASA Bull.* 2006, p. 761.

⁴³. *Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales*, n° 31, www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/arb-notes/arb-notes-f.pdf.

⁴⁴. CEDH 28 octobre 2010, *Suda / République tchèque*, *JLMB* 2011, p. 1080, n° 49, avec note L. MISSON et L. KAËNS, "Arbitrage et droits fondamentaux". Sur l'évolution de la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme quant à l'application de l'art. 6 de la convention à l'arbitrage, voy. F. DE LY, "Arbitration and the European Convention on Human Rights", *Liber Amicorum en l'honneur de Serge Lazareff*, Paris, Pedone, 2011, p. 181, spéc. pp. 188 à 196.

⁴⁵. Règlement d'arbitrage de l'OMPI, art. 66 et s. Des obligations spécifiques de confidentialité figurent également dans le règlement de la London Court of International Arbitration (art. 30), le Règlement suisse d'arbitrage international (art. 43) et le règlement de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA (art. 14).

souvent, pour des raisons politiques ou de droit public, la transparence de leur contentieux.

15. L'article 22, paragraphe 3 du nouveau règlement de la CCI doit dès lors être interprété comme ne contenant aucune règle de droit matériel quant à une éventuelle obligation de confidentialité qui pèserait sur les parties à l'arbitrage. Il s'agit d'une règle de procédure, qui attribue aux arbitres la compétence de faire respecter une obligation de confidentialité lorsque cette obligation existe déjà par ailleurs. Elle ne crée en elle-même, selon nous, aucun devoir de confidentialité. Mais la question de savoir si l'article 20, paragraphe 7 du règlement de 1998 sur la protection des secrets d'affaires et des informations confidentielles, aujourd'hui intégré dans l'article 22, paragraphe 3, devait ou non être interprété comme une règle de droit matériel ou comme une simple règle de compétence était déjà controversée⁴⁶, et l'on doit probablement s'attendre à voir surgir une controverse analogue sur la portée du nouvel article 22, paragraphe 3.

Quant à l'article 6 de l'appendice I au nouveau règlement, il ne traite que de la confidentialité des travaux de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI. Celle-ci ne se confond pas avec les tribunaux arbitraux institués affaire par affaire dans le cadre du règlement.

16. Un tribunal arbitral confronté à une demande relative à la confidentialité de l'arbitrage devra en premier lieu déterminer, en droit international privé, quelle est la loi applicable à la question. Plusieurs lois sont potentiellement en conflit: celle qui régit le fond du litige, celle qui régit la convention d'arbitrage, celle du siège de l'arbitrage, ou encore celle du lieu où une prétendue infraction à l'obligation de confidentialité est commise. L'analyse de cette question sort du cadre de la présente note. Nous nous bornerons ici à exprimer notre préférence pour l'application de la loi qui régit la convention d'arbitrage – en pratique ce sera généralement la loi du contrat qui contient la clause d'arbitrage et qui fait l'objet du litige, de sorte que cette loi se confondra avec la *lex causae* applicable au fond – parce que le droit belge considère l'obligation de confidentialité comme étant de nature contractuelle (voy. *infra*, n° 17).

Nous examinons, dans la suite de cette note, le droit matériel belge applicable à la question.

17. Il est certain que les arbitres eux-mêmes sont tenus au secret le plus complet. L'obligation est de nature déontologique, que l'arbitre soit ou non avocat⁴⁷; elle est sanctionnée pénalement par l'article 458 du Code pénal⁴⁸. Le délibéré est secret, ce dont on déduit l'interdiction pour un arbitre mis en minorité par ses collègues de joindre une opinion dissidente à la sentence⁴⁹. Les conseils des parties sont soumis à leurs règles légales et déontologiques en matière de secret professionnel.

Mais qu'en est-il pour le reste? Une partie en litige peut-elle communiquer à des tiers l'existence et l'objet du contentieux? Peut-elle publier la sentence? Peut-elle utiliser à d'autres fins, par exemple dans le cadre d'un recours en garantie contre un tiers, des éléments de preuve acquis dans le cadre de la procédure arbitrale?

La loi n'en dit rien; l'article 1728 du Code judiciaire impose la confidentialité de la médiation, mais n'a pas d'équivalent pour l'arbitrage. Il n'existe à notre connaissance pas de jurisprudence sur la question en Belgique. La doctrine, principalement sous la plume du professeur Keutgen, déduit des mobiles des parties qui font choix de l'arbitrage une obligation contractuelle implicite de confidentialité, tout en reconnaissant le caractère mouvant et incertain du droit positif en la matière⁵⁰. La discrétion de l'arbitrage est l'un de ses avantages par rapport aux procédures judiciaires. Cet avantage est censé être un motif déterminant des parties lorsqu'elles optent pour cette méthode de résolution de leurs conflits. On en déduit qu'elles s'obligent tacitement à s'en assurer mutuellement le bénéfice, et donc à respecter un devoir de confidentialité. Le raisonnement est conforme aux articles 1135, 1156 et 1160 du Code civil et doit être approuvé. Il reste néanmoins que les contours exacts de cette obligation de confidentialité ne peuvent être affirmés qu'avec nuances.

Les secrets d'affaires qui seraient communiqués entre parties à l'occasion de l'arbitrage sont sans aucun doute protégés par la confidentialité de l'arbitrage, et ne pourraient pas être divulgués à des tiers en dehors du cadre de la procédure par la partie qui reçoit cette communication. Les tribunaux de l'ordre judiciaire eux-mêmes veillent à assurer la confidentialité des secrets d'affaires qui s'échangent devant eux⁵¹, et la solution doit *a fortiori* valoir dans les procédures d'arbitrage.

^{46.} En faveur de la thèse 'droit matériel': E. SCHÄFER, H. VERBIST et Chr. IMHOOS, *L'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI) en pratique*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 138; M. BÜHLER et Th. WEBSTER, *o.c.*, n°s 20-92. En faveur de la thèse 'règle de compétence': M. PRYLES, "Confidentiality", *The leading arbitrators' guide to international arbitration*, New York, Juris Publishing, 2008, p. 501, spéc. p. 541; N. VOSER, *o.c.*, n° 7.2.

^{47.} *IBA Rules of Ethics for International Arbitrators*, art. 9; CEPANI, *Règles de bonne conduite pour les procédures à l'intervention du CEPANI*, art. 9.

^{48.} P. LAMBERT, v° "Secret professionnel", *RPDB*, Compl., t. X, Bruxelles, Bruylant, 2007, n° 334; G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *o.c.*, n° 228.

^{49.} G. KEUTGEN, "La motivation et la confidentialité de la sentence dans l'arbitrage commercial international", *Van alle markten. Liber amicorum Eddy Wymeersch*, Anvers, Intersentia, 2008, p. 563, n° 9.

^{50.} G. KEUTGEN, "La confidentialité", *L'arbitrage en droit public*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 299. En sens contraire et sur la base d'une analyse de droit comparé, K. COX, *Arbitration awards and third parties*, thèse de doctorat, Louvain, K.U.Leuven, 2009, inédite, en particulier n°s 7.27. à 7.31. Sur le caractère incertain des solutions, P. WAUTELET, "Confidentiality and third parties in international commercial arbitration: some preliminary reflections", *L'arbitrage et les tiers. Actes du colloque du CEPANI 40 du 28 novembre 2008*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 105.

^{51.} Bruxelles 24 mars 2011, RG n° 2009/AR/3455, <http://jure.juridat.just.fgov.be>; Bruxelles 30 juin 2010, *JLMB* 2011, p. 1181, *RDJP* 2011, p. 48; Anvers 20 novembre 2007, *RDJP* 2009, p. 109, note D. MOUGENOT, "Le secret des affaires et ses implications en droit judiciaire".

Les documents faisant partie des dossiers de pièces communiqués entre parties sont également couverts par l'obligation de confidentialité, même s'ils ne contiennent pas d'informations sensibles au point d'être qualifiées de secret d'affaires⁵². Le principe est clairement exprimé dans les règles développées par l'International Bar Association sur la production de preuves dans les arbitrages: "Any Document submitted or produced by a Party or non-Party in the arbitration and not otherwise in the public domain shall be kept confidential by the Arbitral Tribunal and the other Parties, and shall be used only in connection with the arbitration"⁵³. Les règles de l'IBA n'ont pas de valeur contraignante en tant que telles, mais dans la mesure où elles reflètent les bonnes pratiques habituelles elles peuvent selon nous être prises en compte pour interpréter l'intention des parties et la portée de l'obligation de confidentialité dont elles sont censées être implicitement convenues en faisant choix de l'arbitrage. Cette protection est d'ailleurs une contrepartie nécessaire de l'obligation de production de pièces qui pèse sur les parties dans le cadre d'un arbitrage. La pratique usuelle de l'arbitrage n'est heureusement pas aussi intrusive que la *discovery* à l'américaine, mais elle est plus audacieuse que celle des tribunaux judiciaires dans le cadre de l'article 877 du Code judiciaire. Il est légitime que la partie qui se voit forcer de communiquer certains documents puisse avoir l'assurance que l'utilisation de ces pièces ne sortira pas du cadre de l'arbitrage.

Les procès-verbaux d'audience et les transcriptions de témoignages tombent clairement dans le champ de la confidentialité. Ceci est le corollaire de la règle prévoyant que les audiences se tiennent à huis clos, reprise par l'article 26, paragraphe 3 du nouveau règlement de la CCI: rien ne sert de siéger à huis clos si tout ce qui s'est dit à l'audience peut ensuite être mis *in extenso* sur la place publique⁵⁴.

La sentence est confidentielle et ne pourrait pas être publiée ou communiquée à des tiers. Le contenu de la sentence inclura presque toujours des éléments de fait qui sont couverts par la confidentialité, et autoriser une publication de la sentence aboutirait à rendre illusoire la protection de cette confidentialité.

Reste le fait même de l'existence d'un arbitrage et de son issue. Une partie à l'arbitrage peut-elle faire savoir à des tiers

qu'elle est en litige contre un tel à propos de tel ou tel contentieux, et le cas échéant qu'elle a gagné ou perdu l'affaire? La doctrine française, suivant une décision de référé du président du tribunal de commerce de Paris, étend la portée du devoir de confidentialité à l'existence même de l'arbitrage⁵⁵. Nous sommes sceptiques, et pensons plutôt qu'une divulgation objective et exacte de la simple existence ou de l'issue d'un litige reste dans les limites normales de ce à quoi des parties peuvent s'attendre, de sorte qu'il est difficile d'inférer une intention tacite et commune de garder cela confidentiel. Ceci d'autant plus qu'une telle divulgation limitée sera souvent autorisée dans le chef de la partie défenderesse par l'une des exceptions de droit des sociétés ou de droit financier mentionnées ci-dessous (n° 18), et qu'il est peu plausible que des parties aient voulu tacitement s'engager à respecter une obligation de confidentialité asymétrique. Le sens des réalités doit aussi l'emporter ici sur la théorie: les mentions dans la presse de l'existence de litiges soumis à arbitrage sont en pratique suffisamment fréquentes pour que l'on ne puisse pas supposer, en l'absence de convention expresse, que les parties s'attendaient implicitement à une confidentialité complète à cet égard.

18. Le principe de confidentialité connaît des exceptions importantes. Certaines exceptions découlent d'obligations légales de transparence, notamment en matière de droit financier (obligation pour les sociétés cotées de rendre publique toute information susceptible d'influencer de façon sensible le cours de leur action, d'inclure dans leur rapport de gestion une description des principaux risques et incertitudes auxquels elles sont confrontées, et de décrire dans les prospectus d'émission "toute procédure [...] judiciaire ou d'arbitrage [...] qui pourrait avoir ou a eu récemment des effets significatifs sur la situation financière ou la rentabilité de l'émetteur"⁵⁶), de droit des sociétés (obligation également d'inclure dans le rapport de gestion une description des principaux risques et incertitudes auxquels la société est confrontée⁵⁷) ou de droit administratif⁵⁸.

Une deuxième exception, évidente, est celle qui prévoit la publicité des audiences devant les tribunaux de l'ordre judiciaire chaque fois que les parties peuvent y avoir recours, qu'il s'agisse d'une procédure d'*exequatur*, d'annulation, de récusation ou remplacement d'arbitre, etc.

⁵² M. BÜHLER, "La production de documents dans l'arbitrage commercial et international...", *L'administration de la preuve en matière d'arbitrage. Actes du colloque du CEPANI du 12 novembre 2009*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 79.

⁵³ *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, 2010, art. 3.13.

⁵⁴ Sur le huis clos des audiences arbitrales, voy. Civ. Bruxelles 31 mai 1991, *JLMB* 1992, p. 230.

⁵⁵ E. LOQUIN, *o.c.*, n° 27; Prés. comm. Paris 22 février 1999, *l.c.*

⁵⁶ Art. 2, 1^{er} al., 14^o et 10, § 1^{er} loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers; art. 12, § 2, 3^o, b) arrêté royal du 14 novembre 2007 relatif aux obligations des émetteurs d'instruments financiers admis à la négociation sur un marché réglementé; règlement (CE) n° 809/2004 de la Commission du 29 avril 2004 mettant en œuvre la directive 2003/71/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les informations contenues dans les prospectus, la structure des prospectus, l'inclusion d'informations par référence, la publication des prospectus et la diffusion des communications à caractère promotionnel, notamment annexe I, n° 20.8.

⁵⁷ Art. 96, § 1^{er}, 1^o C. soc.

⁵⁸ Loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration, et décrets et ordonnances régionaux ou communautaires correspondants; D. RENDERS et Th. BOMBOIS, "L'arbitrage en droit public belge", *L'arbitrage en droit public, o.c.*, p. 25, n°s 188 à 190 et 215.

Il est vraisemblable que la jurisprudence des tribunaux arbitraux et judiciaires sera amenée à préciser progressivement les contours de l'obligation de confidentialité et de ses exceptions. La jurisprudence anglaise est celle qui est pour l'instant, de loin, la plus avancée sur la question, et elle pourra utilement servir de guide car elle s'est construite à partir du même point de départ théorique que celui qui justifie le principe en droit belge, c'est-à-dire les attentes des parties compte tenu des objectifs de l'arbitrage, dont s'infère une obligation contractuelle implicite⁵⁹.

19. La confidentialité de l'arbitrage n'est pas d'ordre public ni impérative. Les parties peuvent l'écarter ou la renforcer par convention, et notamment par le renvoi au règlement d'une institution d'arbitrage qui contient des dispositions expresses en la matière – ce que ne fait pas, comme

nous l'avons dit plus haut (n° 15), le nouveau règlement de la CCI.

La question de savoir si une clause de confidentialité figurant en termes généraux dans une convention, convention qui contient par ailleurs une clause d'arbitrage, couvre également la procédure d'arbitrage sera une question d'espèce et dépendra de la formulation de la clause. Il est certain qu'une telle clause n'empêche pas les parties de soumettre aux arbitres des éléments d'information qui sont par convention confidentiels⁶⁰. Il nous semble dès lors qu'en règle générale, afin de donner un effet utile à la clause et d'éviter que la procédure d'arbitrage ne permette à une partie d'y échapper dès qu'elle aurait soumis aux arbitres un tel élément d'information, la clause de confidentialité devra être interprétée comme s'appliquant également à l'arbitrage.

RÔLE DE LA COUR

20. Le règlement de 2012 attribue à la Cour internationale d'arbitrage de la CCI et en particulier à son secrétaire général un rôle accru dans l'administration des procédures d'arbitrage. La Cour "ne résout pas elle-même les différends. Elle en administre la résolution par les tribunaux arbitraux" (art. 1, par. 2 du règlement).

Le règlement de 1998 (art. 6, par. 2) prévoyait la possibilité pour la Cour de procéder à un premier examen sommaire, *prima facie*, des déclinatoires présentés par les défendeurs qui contestent la compétence d'un tribunal arbitral, ou de l'existence d'une convention d'arbitrage en cas de défaut du défendeur. La Cour pouvait soit décider d'arrêter dès le départ la procédure d'arbitrage, soit la laisser se poursuivre devant le tribunal arbitral, celui-ci gardant alors toute liberté quant à l'appréciation de sa compétence.

Le nouveau règlement (art. 6, par. 3 à 7) attribue au secrétaire général la tâche de faire le tri entre les dossiers qui doivent être directement transmis au tribunal arbitral et ceux qui doivent d'abord être renvoyés à la Cour pour l'examen *prima facie* décrit au paragraphe précédent. Outre les hypothèses du déclinatoire de juridiction et du défaut déjà couvertes par le règlement de 1998, cet examen *prima facie* peut désormais également porter sur les conditions d'une intervention forcée (voy. *supra*, n° 12) et sur la possibilité de traiter dans une procédure unique des demandes fondées sur des contrats multiples. Le règlement confirme que, sauf dans la mesure où la Cour a décidé d'arrêter l'arbitrage en ce qui concerne certaines parties ou certains chefs de demande, le tribunal arbitral chargé de l'affaire n'est pas lié par la déci-

sion de la Cour et tranchera définitivement le point en question. Le règlement reconnaît également aux parties le droit de contester devant les juridictions ordinaires une décision par laquelle la Cour aurait arrêté la procédure d'arbitrage, et prévoit qu'une nouvelle demande d'arbitrage CCI peut le cas échéant être réintroduite ultérieurement, en particulier si un tribunal étatique a entre-temps confirmé la validité de la convention d'arbitrage alléguée. Les décisions de la Cour n'ont donc aucune autorité de chose jugée, ni devant le tribunal arbitral ni devant les juridictions étatiques, ce qui n'exclut bien entendu pas qu'elles bénéficient d'une autorité morale certaine.

Le règlement de 2012 introduit un cas où la décision de la Cour est définitive: lorsque la Cour décide de joindre plusieurs affaires en application de l'article 10 du règlement (voy. *supra*, n° 13), le tribunal arbitral auquel ces affaires sont transmises n'a plus le pouvoir de les disjointre. En droit judiciaire belge, une décision de jonction ou de refus de jonction est une décision avant dire droit et non une simple mesure d'ordre dès que la question était contestée⁶¹. Faut-il en déduire qu'une telle décision de la Cour excède son rôle d'administration de la procédure et constitue en réalité une décision de nature juridictionnelle, qui serait alors annulable pour de multiples raisons, sérieuses (absence de motivation ou d'occasion pour les parties d'être entendues lors de la session de la Cour) ou futiles (éventuel nombre pair de membres de la Cour)? Nous ne le pensons pas; il nous semble que la nature d'une telle décision est suffisamment proche d'une mesure de simple administration pour que l'on accepte que

⁵⁹. Voy. note 39.

⁶⁰. K. ANDRIES, *Geheimhoudingsovereenkomsten*, Bruges, die Keure, 2011, n° 324.

⁶¹. Cass. 22 novembre 1991, *Pas.* 1992, I, p. 221; Mons 22 mars 2005, *RRD* 2005, p. 384. Les mesures d'ordre sont celles "par lesquelles le juge ne tranche aucune question de fait ou de droit litigieuse ou n'en préjuge pas, de sorte que la décision ne peut infliger à aucune des parties un grief immédiat", selon la formule souvent répétée par la Cour de cassation, encore récemment dans un arrêt du 17 février 2011, RG n° C.09.0548.F.

les parties disposent de la faculté, par leur renvoi au règlement, de la confier contractuellement à l'institution en charge de la gestion du processus d'arbitrage plutôt qu'au tribunal arbitral lui-même. La Cour de cassation, dans son arrêt du 8 décembre 1988, a décidé que "la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale organise la procédure et ne se confond pas avec les arbitres; [...] lorsqu' [...] elle prolonge le délai dans lequel le litige recevra sa solution,

ladite Cour ne prononce pas une sentence au sens de l'article 1704 du Code judiciaire"⁶². La conclusion que nous proposons est dans la ligne de cet arrêt mais ne peut toutefois pas s'appuyer sur son autorité, car il ne concernait qu'une décision de prolongation de délai; or les remises et autres prolongations de délais de procédure sont des mesures d'ordre sans caractère juridictionnel et non des décisions avant dire droit⁶³.

DEMANDES NOUVELLES

21. L'article 23, paragraphe 4 du règlement de 2012 dispose qu'"[a]près la signature de l'acte de mission, ou son approbation par la Cour, les parties ne peuvent former de nouvelles demandes hors des limites de l'acte de mission, sauf autorisation du tribunal arbitral qui tient compte de la nature de ces nouvelles demandes, de l'état d'avancement de la procédure et de toutes autres circonstances pertinentes". Le texte est identique à celui de l'article 19 du règlement de 1998. Le nouveau règlement précise à son article 8, paragraphe 1, que la règle s'applique également aux demandes que les différentes parties peuvent introduire les unes contre les autres dans un arbitrage multipartite.

La règle est plus stricte que celle qui prévaut devant les tribunaux ordinaires, où toute extension de la demande originale est permise pour autant qu'elle soit fondée sur un fait ou un acte invoqué dans la citation (art. 807 C. jud.). Les pouvoirs des arbitres, en revanche, ne vont pas au-delà des tâches que les parties leur ont confiées contractuellement, c'est-à-dire de commun accord; tout ce qu'ils décident en dehors de ces limites est susceptible d'annulation (art. 1704,

par. 2, (d) et 1723, 3° C. jud.)⁶⁴. Il est dès lors essentiel que les arbitres ne se prononcent pas sur des demandes nouvelles qui excèdent leur mission contractuelle.

Le règlement fait partie de la convention des parties lorsque celles-ci se soumettent à un arbitrage CCI. Le pouvoir des arbitres d'admettre des demandes nouvelles qui dépassent l'objet défini par l'acte de mission découle donc directement de la convention des parties, et ce faisant les arbitres n'encourent aucun risque d'annulation. Il faut distinguer deux périmètres: le premier, plus restreint, est délimité par l'acte de mission relatif à l'instance; à l'intérieur de celui-ci chaque partie a le droit d'introduire des demandes nouvelles sans que la partie adverse ou le tribunal arbitral puissent s'y opposer, sous réserve éventuellement d'exceptions de tardiveté compte tenu du calendrier de la procédure. Le second, plus large, est délimité par la portée de la convention d'arbitrage; dans les limites de celle-ci le tribunal arbitral peut encore, à sa discrétion, accepter des demandes nouvelles, et la partie concernée garde en toute hypothèse le droit d'introduire ces demandes dans le cadre d'une instance séparée.

RENONCIATION AUX RECOURS

22. L'article 34, paragraphe 6 du règlement de 2012 reprend sans modification de fond l'article 28, paragraphe 6 du règlement de 1998 et dispose que les parties sont par leur acceptation du règlement "réputées avoir renoncé à toutes voies de recours auxquelles elles peuvent valablement renoncer". L'article 1717, paragraphe 4 du Code judiciaire prévoit que lorsqu'aucune des parties n'est belge celles-ci

peuvent "par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou par une convention ultérieure, exclure tout recours en annulation d'une sentence arbitrale". La simple référence à un règlement d'arbitrage ne constitue pas une 'déclaration expresse' au sens de cet article du code, de sorte que les tribunaux belges refuseront de donner effet à l'article 34, paragraphe 6 du nouveau règlement⁶⁵.

⁶² Cité *supra*, note 30 avec note H. VAN HOUTTE.

⁶³ Cass. 9 janvier 1998, *Pas.* 1998, I, p. 57; art. 1046 C.jud.; B. HANOTIAU, "L'obligation pour l'arbitre de respecter les délais d'arbitrage", *JT* 1999, p. 720, n° 7 *in fine*.

⁶⁴ Cass. 10 décembre 1998, *Pas.* 1998, I, p. 1206; M. KRINGS, "La modification des demandes en cours de procédure arbitrale", *Recueil de sentences arbitrales du Cepani 1996-2001*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 389; D. PHILIPPE, "La recevabilité des demandes nouvelles dans l'arbitrage", *Recueil de sentences arbitrales du Cepani 1985-1995*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 294; Ph. DE BOURNONVILLE, "Au sujet des demandes incidentes en matière d'arbitrage", *L'arbitrage. Travaux offerts au professeur Albert Fettweis*, Bruxelles, E.Story-Scientia, 1989, p. 55; J. VAN COMPENOLLE, "L'arbitre et le Code judiciaire", *o.c.*, n°s 16 et 17.

⁶⁵ B. HANOTIAU et G. BLOCK, "La loi du 19 mai 1998 modifiant la législation belge relative à l'arbitrage", *ASA Bull.* 1998, p. 528, n° 2(b); B. HANOTIAU et O. CAPRASSE, *o.c.*, n° 21; G. KEUTGEN et G. A. DAL, *o.c.*, n° 603; H. VERBIST, "De vernietiging van de arbitrale uitspraak na de hervorming van het Belgisch arbitragerecht door de wet van 19 mei 1998", *TPR* 1999, p. 1755, n° 16.

HONORAIRES DES CONSEILS

23. L'article 37, paragraphes 1 et 4 du règlement de 2012 prévoit que "[l]es frais de l'arbitrage comprennent [...] les frais raisonnables exposés par les parties pour leur défense à l'occasion de l'arbitrage" et que "[l]a sentence finale du tribunal arbitral liquide les frais de l'arbitrage et décide à quelle partie le paiement en incombe ou dans quelle proportion ils sont partagés entre elles". A quelques détails de forme près, le texte est identique à celui de l'article 31 du règlement de 1998.

L'indemnité de procédure forfaitaire destinée à couvrir les frais et honoraires d'avocat de la partie ayant gain de cause,

établie par l'article 1022 du Code judiciaire et l'arrêté royal du 26 octobre 2007 fixant le tarif de ces indemnités de procédures, n'est pas applicable en matière d'arbitrage⁶⁶. Les arbitres auront donc égard au montant réel des frais exposés par les parties. Reste la question, curieuse en logique mais qui mérite selon nous une réponse positive, de savoir si des arbitres qui se déclarent incompétents à défaut de clause d'arbitrage valable restent néanmoins compétents pour condamner le demandeur débouté à rembourser les frais d'avocat du défendeur⁶⁷.

CONCLUSION

24. Le nouveau règlement d'arbitrage de 2012 de la CCI s'inscrit dans la continuité de l'ancien règlement de 1998. Sans apporter aucun bouleversement, il introduit diverses innovations et améliorations bienvenues: mécanisme nouveau de référé arbitral en premier lieu, codification des règles relatives à l'arbitrage multipartite et à la jonction

d'arbitrages, extension des pouvoirs des arbitres pour protéger la confidentialité de l'arbitrage, en particulier. L'interaction entre le règlement et le droit judiciaire belge de l'arbitrage, examinée dans la présente note, se fait harmonieusement et sans aucun conflit significatif.

⁶⁶. O. CAPRASSE et F. HENRY, "La répétibilité des frais de conseils dans l'arbitrage national et international", *JT* 2008, p. 561; H. VAN HOUTTE, "Partijkosten in CEPINA-arbitrage", *Liber Amicorum Guy Keutgen*, o.c., p. 391, spéc. p. 402; O. CAPRASSE, "The arbitrator deciding on the party costs", *Walking a thin line. What an arbitrator can do, must do or must not do, Rapports du colloque CEPANI 40 du 29 septembre 2010*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 145, nos 29 à 36.

⁶⁷. O. CAPRASSE et F. HENRY, o.c., n° 36; M. BÜHLER et Th. WEBSTER, o.c., nos 31-68 et 31-69; *contra*: H. VAN HOUTTE, o.c.