

Le règlement des litiges immobiliers sous les auspices du Centre belge d'arbitrage et de médiation (CEPANI)

Benoît KOHL

Co-Président du CEPANI 40
Professeur à l'Université de Liège
Professeur invité à l'Université de Paris 2
Avocat au Barreau de Bruxelles (Stibbe)

Introduction

1. Les litiges immobiliers ont traditionnellement constitué un terrain fertile pour les modes alternatifs de résolution de conflits («ADR»). Au niveau international, ces litiges représentent une part importante des conflits soumis à l'arbitrage. La grande majorité des contrats types utilisés dans les projets internationaux de construction (tels que les contrats FIDIC) contiennent d'ailleurs une clause d'arbitrage¹.

En Belgique, les modes alternatifs de résolution de conflits demeurent peu utilisés dans le secteur immobilier et de la construction, par comparaison à d'autres branches d'activité (par exemple le secteur de la distribution). La majorité des litiges sont, dès lors, tranchés à l'issue d'une procédure initiée devant les cours et tribunaux.

Toutefois, depuis quelques années, le recours aux procédures de règlement alternatif des différends semble trouver un accueil plus favorable auprès des praticiens du secteur de l'immobilier et de la construction. En témoigne,

¹ Sur l'arbitrage des litiges résultant des contrats internationaux de construction, voy. récemment J. JENKINS, *International Construction Arbitration Law*, 2^e éd., Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer International, 2014. Voy. également A.J. VAN DEN BERG (ed.), *Preventing Delay and Disruption of Arbitration/Effective Proceedings in Construction Cases*, ICCA Congress Series, 1990, Stockholm, Volume 5, La Haye, Kluwer Law International, 1991; D. BROWN-BERSET et M. SCHERER, «Les modes alternatifs de règlement des différends dans le domaine de la construction», *Journées suisses du droit de la construction (Swiss Journal of Construction Law)*, 2007, pp. 265-287; P. BROOKER et S. WILKINSON, *Mediation in the Construction Industry. An International Review*, Oxon, Spon Press, 2010.

notamment, la création récente d'institutions de conciliation, de médiation et d'arbitrage spécialisées dans l'administration du règlement des différends dans le secteur immobilier et de la construction. Parmi celles-ci, l'on peut citer, en particulier, la Chambre de Conciliation, d'Arbitrage et de Médiation en matière Immobilière (C.C.A.I.) ou encore la Commission de Conciliation Construction (C.C.C.)².

2. Le Centre belge pour l'Étude et la Pratique de l'Arbitrage National et International («CEPANI») est l'institution d'arbitrage et d'ADR la plus connue en Belgique. Créé en 1969 par la Fédération des entreprises de Belgique (FEB) et par le Comité national belge de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI)³, le CEPANI est une institution d'arbitrage et de médiation non «spécialisée»⁴, en ce sens qu'elle a vocation à administrer le règlement de différends dans tous types de matières à la condition, bien entendu, que le litige soit arbitrable au sens du nouvel article 1676, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire.

Le CEPANI a adopté un nouveau règlement d'arbitrage qui est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2013. Il remplace le précédent règlement, qui était d'application depuis le 1^{er} janvier 2005. Ce nouveau règlement vise à résoudre plusieurs difficultés rencontrées par les praticiens. Certaines innovations sont également apparues, telles les dispositions relatives aux mesures provisoires et conservatoires avant la mise en place du tribunal arbitral, à la pluralité de parties et de contrats, à l'intervention et la jonction de procédures, à la confidentialité de l'arbitrage, à la responsabilité des intervenants à la procédure d'arbitrage, ou au règlement des questions non visées par le règlement d'arbitrage⁵.

² Sur ces institutions, voy. B. KOHL et S. BOURGOIS, «Arbitration and Alternative Dispute Resolution in the Belgian Construction Sector», *Nederland-Vlaams tijdschrift voor Mediatie en conflictmanagement*, 2012 (16), pp. 3 et s. et réf. citées.

³ Pour une description de l'histoire du CEPANI pendant les 20 premières années ayant suivi sa création, voy. G. KEUTGEN, «Belgisch Centrum voor Studie en Praktijk van Nationale en Internationale Arbitrage», *T.v.A.*, La Haye, 1993, pp. 59 et s.; *id.*, «Le Centre belge pour l'Étude et la Pratique de l'Arbitrage National et International. Une approche de l'arbitrage institutionnel en Belgique», *R.D.I.C.*, 1991, pp. 314 et s.

⁴ À la différence, par exemple (dans le secteur immobilier), de la Chambre de Conciliation, d'Arbitrage et de Médiation en matière Immobilière (C.C.A.I.) ou de la Commission de Conciliation Construction (C.C.C.), qui n'ont vocation qu'à administrer des litiges relevant du droit immobilier ou de la construction.

⁵ Pour un commentaire du nouveau règlement du CEPANI, voy. entre autres D. DE MEULEMESTER et H. VERBIST, *Arbitrage in de praktijk. Op basis van het CEPANI-Arbitragereglement van 1 januari 2013 en met verwijzingen naar deel VI van het Gerechtelijk Wetboek*, Bruxelles, Bruylants, 2013; G. KEUTGEN, «Le nouveau règlement d'arbitrage du centre belge d'arbitrage et de médiation (CEPANI)», *Rev. dr. intern. comp.*, 2013/1, pp. 99 et s.; M. DAL, «Le nouveau règlement d'arbitrage du CEPANI», *J.T.*, n° 6521, 2013, pp. 349 et s.; D. MATRAY et G. MATRAY, «Le nouveau règlement d'arbitrage du centre belge d'arbitrage et de médiation (CEPANI)», *b-arbitra*, 2013/1, pp. 45 et s.; P. HOLLANDER, «The CEPANI 2013 Arbitration Rules», *Les cahiers de l'arbitrage*, 2013/1, pp. 231 et s.; L. DE MEYERE et H. VERBIST, «Het nieuwe CEPANI-Arbitragereglement van 1 januari 2013»,

3. Dix à quinze pourcent des dossiers d'arbitrage que le CEPANI administre concernent le droit immobilier et de la construction⁶. Outre l'arbitrage, le CEPANI offre également plusieurs autres modes de résolution de litiges. Parmi ceux-ci, l'expertise technique peut être particulièrement utile pour la résolution des litiges immobiliers.

4. Les litiges qui prennent naissance à l'occasion de l'exécution d'un projet immobilier présentent quelques spécificités⁷. L'on peut, entre autres, citer: (i) le recours fréquent à des mesures d'expertise, afin de déterminer la nature et l'origine des désordres techniques constatés, ou la pertinence des prétentions des parties quant aux décomptes financiers résultant de l'exécution du chantier; (ii) la nécessité de procéder dans l'urgence, pour obtenir le constat rapide et contradictoire d'une situation ou la prise d'une décision à très bref délai, afin de permettre la poursuite du chantier ou d'éviter la disparition des éléments de preuve; (iii) l'implication dans le projet immobilier de différents intervenants (acquéreur, promoteur, entrepreneur principal, architecte, sous-traitants, coordinateur de sécurité, établissements d'assurance ou de garantie, etc.).

Dans les lignes qui suivent, nous exposons les caractéristiques principales des procédures d'expertise technique (point I) et d'arbitrage (point II) organisées par les règlements du CEPANI, compte tenu desdites spécificités des litiges immobiliers. En d'autres termes, répondant au vœu des éditeurs du présent ouvrage, cette contribution se veut essentiellement descriptive, à l'usage des praticiens du secteur immobilier et de la construction. Elle n'a donc pas vocation à décrire ni analyser de manière compréhensive les règlements relatifs à l'expertise technique, à la médiation ou à l'arbitrage administrés par le CEPANI⁸.

R.W., 2013-2014, pp. 682 et s.; H. VERBIST, «The New CEPANI Rules of Arbitration in Force as from 1 Januari 2013», *I.P.R./D.I.P.R.*, 2012/4, pp. 51 et s.; H. VERBIST, «The New Belgian Arbitration Law of 24 June 2013 and New CEPANI Arbitration Rules of 1 Januari 2013», *Journ. Int. Arb.*, 2013, pp. 597 et s.

⁶ Statistiques 2009 à 2011. Ces statistiques sont similaires à celles la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, où les litiges de construction représentent entre 14% et 17% des affaires introduites devant la Cour (voy. *ICC ICArb. Bull.*, vol. 16/1, 2005, p. 13; *ICC ICArb. Bull.*, vol. 17/1, 2006, p. 12; *ICC ICArb. Bull.*, vol. 18/1, 2007, p. 11; *ICC ICArb. Bull.*, vol. 19/1, 2008, p. 12; *ICC ICArb. Bull.*, vol. 20/1, 2009, p. 13; *ICC ICArb. Bull.*, vol. 22/1, 2011, p. 14). Dans d'autres pays (par ex. aux Pays-Bas ou en Angleterre), le recours à l'arbitrage pour le règlement des litiges en droit de la construction est bien plus fréquent. Ce constat a mené le CEPANI à établir, en 2000, un groupe de travail chargé d'examiner la possibilité de promouvoir l'arbitrage dans le secteur de la construction (voy. la *CEPANI Newsletter*, n° 27, octobre 2003, disponible sur le site web www.cepani.be).

⁷ Voy. J. JENKINS, *op. cit.*, pp. 1-2.

⁸ Pour une analyse du nouveau règlement d'arbitrage du CEPANI, voy. en particulier les ouvrages et notes citées *supra*, note n° 6.

I. L'expertise technique CEPANI

5. Les litiges immobiliers ont souvent pour origine un problème d'ordre technique et requièrent des investigations factuelles et techniques approfondies.

Lorsque les parties sont contraires en fait sur une question d'ordre essentiellement technique, le recours à l'arbitrage pour trancher le litige ne s'avère pas toujours nécessaire: la seule désignation d'un expert indépendant permettra parfois de régler leur différend.

Le règlement d'expertise technique du CEPANI organise une procédure permettant la désignation d'un ou plusieurs experts chargés de fournir aux parties des éléments d'analyse sur des problèmes techniques quelconques et, le cas échéant, d'émettre un avis de nature à lier les parties de manière irrévocable.

A. Nature de l'expertise technique

6. La procédure organisée par le règlement d'expertise technique du CEPANI est une expertise (i) amiable, (ii) contradictoire et (iii) irrévocable.

7. L'expertise technique CEPANI est procédure *amiable*, dans la mesure où elle a lieu en dehors de toute procédure judiciaire ou arbitrale. Elle n'est pas ordonnée par un juge ou un arbitre pour instruire une demande en justice ou en arbitrage. Elle a pour objet des constatations d'ordre technique, indépendamment de toute revendication pécuniaire.

Idéalement, les constatations de l'expert peuvent contribuer au règlement amiable du litige opposant les parties. À défaut, elles serviront de preuve dans le cadre d'une procédure judiciaire ou arbitrale ultérieure.

Dans le cadre d'une procédure arbitrale ou judiciaire, il incombe au juge ou à l'arbitre de décider de l'opportunité d'une demande d'expertise, compte tenu du coût et de la durée d'une telle procédure⁹. Le CEPANI, en revanche, ne juge pas de l'opportunité d'une demande d'expertise technique qui est introduite par une partie sur la base d'une convention d'expertise technique. En signant une convention d'expertise technique, les parties s'entendent préalablement pour soumettre leurs différends d'ordre technique à un ou plusieurs experts désignés. Le CEPANI fera droit à la demande d'expertise à la seule condition qu'elle porte sur un différend visé par la convention d'expertise technique.

⁹ Dans le cadre d'une procédure judiciaire, l'art. 875bis du Code judiciaire stipule que «Le juge limite le choix de la mesure d'instruction à ce qui est suffisant pour la solution du litige, en privilégiant la mesure la plus simple, la plus rapide et la moins onéreuse». Voy. entre autres sur cette question: H. BOULARBAH, «Le nouveau droit de l'expertise judiciaire», in *Le nouveau droit de l'expertise judiciaire en pratique*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 47-49. Dans le cadre d'une procédure arbitrale, l'arbitrage saisi statuera quant à l'opportunité de la demande de désignation d'un expert qui lui aurait été présentée.

8. Étant donné que l'organisation de l'expertise résulte d'un accord mutuel des parties, la procédure est *contradictoire*. Elle se distingue, à ce niveau, des expertises qui peuvent être faites unilatéralement par les parties et qui n'ont de valeur en justice que comme présomptions¹⁰.

9. Le règlement d'expertise technique du CEPANI attache au rapport d'expertise une force probante particulière. L'article 12.4 du règlement stipule que « sauf convention contraire, les constatations et conclusions du ou des experts lient les parties à l'égal de leurs dispositions contractuelles ».

L'expertise technique est donc *irrévocable* et s'apparente au mécanisme de la tierce décision obligatoire (« *bindende derdenbeslissing* »)¹¹. Les parties ne peuvent remettre en cause l'avis émis par l'expert sur le problème technique qu'elles l'ont chargé d'examiner¹². Un juge ou un arbitre sera tenu de la même manière par l'avis de l'expert en vertu de la force obligatoire des conventions¹³.

B. Définition de l'objet de l'expertise technique

10. La mission de l'expert est définie, en premier lieu, par les parties. Le demandeur en expertise technique doit indiquer, dans sa demande, l'objet et la nature de l'expertise technique qu'il sollicite. Dans sa réponse, la partie adverse donne également son point de vue sur la définition de la mission. Le plus souvent, les parties arriveront à s'accorder sur la définition de la mission de l'expert. À défaut, celle-ci sera déterminée par le Comité de désignation du CEPANI ou par le Président après avoir entendu les parties à ce sujet¹⁴.

Contrairement à ce qui est prévu pour les procédures judiciaires¹⁵, l'expert n'est pas automatiquement chargé de la mission de concilier les parties. Une telle mission pourrait, bien entendu, être prévue par les parties ou par le Comité de désignation ou le Président.

11. Le règlement envisage la possibilité d'une extension de la mission en cours de procédure¹⁶. Toutefois, il ne détermine pas la procédure à suivre pour

¹⁰ Voy. D. MOUGENOT, « L'expertise non judiciaire », in X., *Expertise. Commentaire pratique*, Waterloo, Kluwer, 2010, III.2-2.

¹¹ Voy. à ce sujet O. CAPRASSE, « De la tierce décision obligatoire », *J.T.*, 1999, pp. 565 et s.; M.E. STORME et M.L. STORME, « De bindende derdenbeslissing naar Belgisch recht », *T.P.R.*, 1985, pp. 713 et s.

¹² Il nous semble toutefois admis que les parties puissent, à certaines conditions, remettre en cause le rapport si l'expert a manqué à son devoir d'indépendance et d'impartialité ou n'a pas conduit la procédure de manière contradictoire. En outre, les constatations de l'expert n'auront de force obligatoire qu'à condition, et dans la mesure où, il est resté dans le cadre de sa mission.

¹³ D. MOUGENOT, *op. cit.*, III.3-2.

¹⁴ Art. 7.2 du règlement d'expertise technique.

¹⁵ Art. 977 C. jud.

¹⁶ Art. 15.3 du règlement d'expertise technique concernant l'ajustement du montant des frais en cas d'introduction de missions nouvelles.

solliciter l'introduction de missions nouvelles ni à quelle(s) condition(s) une extension peut être admise. Logiquement, la demande d'extension devrait – comme la demande d'expertise initiale – être introduite par une demande écrite auprès du Secrétariat du CEPANI. À défaut d'accord des parties sur l'extension, le Comité de désignation ou le Président décidera, après avoir entendu les parties, de l'extension éventuelle de la mission de l'expert.

12. La définition de la mission de l'expert est déterminante. Elle fixe le cadre de l'expertise technique et détermine la valeur probante qui doit être attachée aux constatations de l'expert. Les constatations faites par l'expert n'ont de force contraignante qu'à la condition, et dans la mesure où, elles entrent dans le cadre de sa mission.

Les constatations et conclusions sur des points qui ne sont pas compris dans la mission de l'expert n'ont qu'une valeur d'avis, soumis à la libre appréciation de l'arbitre ou du juge.

C. Nomination de l'expert

13. Toute personne disposant des compétences techniques nécessaires peut, en principe, agir comme expert dans le cadre d'une expertise technique CEPANI. Le CEPANI ne fonctionne pas avec une liste close d'experts¹⁷.

14. L'expert est désigné soit de commun accord par les parties, soit par le Comité de désignation ou par le Président¹⁸. Lorsque l'expert est choisi par les parties, sa nomination est sujette à l'agrément du Comité de désignation ou du Président¹⁹.

Le Comité de désignation ou le Président s'assure que l'expert proposé par les parties dispose des qualités requises pour mener à bien l'expertise technique. Dans l'affirmative, le Comité de désignation ou le Président agréera l'expert. L'agrément n'a pas de valeur générale. Elle est spécifique à la procédure à l'occasion de laquelle l'agrément a été accordé.

¹⁷ En particulier, le CEPANI n'est pas tenu, comme le sera sans doute désormais le juge, de choisir un expert inscrit au registre national des experts judiciaires. Le 20 février 2014, la Chambre des représentants a en effet adopté un « Projet de loi modifiant diverses dispositions en vue d'établir un registre national des experts judiciaires et établissant un registre national des traducteurs, interprètes et traducteur-interprètes jurés » (*Doc. parl.*, Ch. repr., 2013-2014, n° 1499/008). Sous réserve que ce projet de loi soit approuvé par le Sénat, le juge ne pourra plus, conformément au nouvel article 991decies du Code judiciaire, désigner un expert qui ne serait pas inscrit au registre national des experts, sauf décision motivée dans trois hypothèses: (i) en cas d'urgence; (ii) si aucun expert judiciaire n'ayant l'expertise et la spécialisation requises n'est disponible; (iii) si le registre national ne comporte aucun expert judiciaire disposant de l'expertise et de la spécialisation nécessaires au regard de la nature spécifique du litige.

¹⁸ Art. 6.2 du règlement d'expertise technique.

¹⁹ La situation est quelque peu identique dans le cadre d'une procédure d'expertise judiciaire, où le juge n'est pas lié par l'accord des parties sur la personne de l'expert à désigner. En vertu de l'article 962 du Code judiciaire, le juge peut déroger au choix des parties par une décision motivée.

15. Pour la désignation ou l'agrément des experts, le Comité de désignation ou le Président tient compte notamment des exigences éventuelles imposées par les parties dans leur convention d'expertise technique, de l'importance et des difficultés du cas d'espèce, et de la disponibilité, des qualifications et de l'aptitude de l'expert à conduire l'expertise technique²⁰.

L'exigence de disponibilité imposée aux experts par le règlement CEPANI est appréciable. Elle garantit un déroulement rapide et efficace de l'expertise technique et contraste, à ce niveau, avec les expertises judiciaires souvent longues.

16. À l'instar d'un arbitre, l'expert doit être indépendant et impartial à l'égard des parties²¹. Tout au long de la procédure, l'expert est tenu de signaler au Secrétariat tout fait quelconque qui serait de nature à mettre en doute son indépendance dans son esprit ou celui des parties²². Un manquement au devoir d'indépendance et d'impartialité ouvre la voie au remplacement de l'expert²³.

D. Déroulement de l'expertise technique

17. Le règlement est assez succinct sur le déroulement concret de la procédure d'expertise technique.

18. L'introduction de la procédure se fait par demande écrite adressée au Secrétariat du CEPANI par la partie qui désire recourir à l'expertise technique.

19. En vertu de l'article 12.1 du règlement, la procédure doit se dérouler de manière contradictoire. L'exigence du contradictoire s'applique à tous les stades de la procédure: convocation des parties, communication des pièces, observations des parties, communication des rapports préliminaires, réponse aux observations des parties, etc. Les parties doivent être en mesure de prendre connaissance de tous les éléments échangés au cours de l'expertise et doivent avoir l'opportunité d'y réagir²⁴.

Sous réserve du respect du principe du contradictoire, l'expert détermine librement, en consultation avec les parties, la manière dont il conduit l'expertise.

²⁰ Art. 7.1 et 7.3 du règlement d'expertise technique. Jusqu'aujourd'hui, de telles exigences ne se retrouvaient pas expressément dans le Code judiciaire concernant la désignation d'un expert judiciaire. Le juge devait toutefois tenir compte de l'aptitude technique de l'expert à remplir la mission envisagée (voy. Cass., 5 avril 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 283). La situation changera toutefois dès l'entrée en vigueur du projet de loi modifiant notamment le Code judiciaire en vue d'établir un registre national des experts judiciaires, approuvé par la Chambre des représentants le 20 février 2014 (voy. *supra*, note 17).

²¹ Art. 6 du règlement d'expertise technique.

²² Annexe II (règles de bonne conduite pour les procédures à l'intervention du CEPANI), point 6.

²³ La décision de remplacement incombe au Comité de désignation du CEPANI ou au Président. Sa décision ne peut faire l'objet d'un appel. Les motifs sous-tendant la décision de remplacement ne sont d'ailleurs pas communiqués aux parties.

²⁴ D. MOUGENOT, *op. cit.*, III.1-3.

20. Le défaut d'une partie de participer à l'expertise n'empêche pas la procédure d'avoir lieu. Moyennant l'existence d'une convention d'expertise technique valable, l'expert poursuit l'expertise nonobstant l'absence d'une partie²⁵. Il veillera, tout de même, à envoyer à la partie défaillante toutes les convocations et les documents échangés en cours de procédure. Le rapport aura, en vertu de l'article 12.4 du règlement, la même valeur contraignante que si l'expertise avait été contradictoire.

21. Le règlement ne fixe pas de délai pour l'accomplissement de l'expertise. La durée de l'expertise dépendra naturellement de la nature et la complexité du problème technique soumis à l'expert. Un délai pourra éventuellement être fixé, par les parties ou le CEPANI, dans la décision de nomination. L'expert est tenu d'informer régulièrement le Secrétariat de l'état d'avancement des travaux²⁶. Si l'arbitre n'accomplit pas sa mission dans les délais impartis, le Comité de désignation du CEPANI ou le Président a le pouvoir de pourvoir à son remplacement²⁷.

L'expertise prend fin par la rédaction d'un rapport définitif d'expertise reprenant les constatations et conclusions de l'expert²⁸. Mise à part la signature du rapport par le(s) expert(s), aucune autre exigence formelle n'est imposée pour la validité du rapport.

E. Devoir de collaboration

22. Le règlement impose explicitement aux parties un devoir de collaboration²⁹. Il s'agit, en réalité, d'une confirmation de l'obligation générale d'exécution de bonne foi des conventions figurant à l'article 1134 du Code civil.

23. Par application de ce principe, les parties doivent faciliter par tous les moyens l'exécution de la mission de l'expert. Elles doivent notamment lui transmettre les documents et informations nécessaires à ses investigations, lui donner accès au lieu, répondre avec diligence à ses demandes, etc.

F. Provision et frais de l'expertise technique

24. Le commencement de l'expertise est conditionné, de manière assez classique, par le paiement d'une provision visant à couvrir les frais de l'expertise³⁰. Cette provision est due par parts égales par les parties.

²⁵ Art. 4.2 du règlement d'expertise technique.

²⁶ Annexe II (règles de bonne conduite pour les procédures à l'intervention du CEPANI), point 2.

²⁷ Art. 8.2 du règlement d'expertise technique.

²⁸ Art. 12.1 et 13 du règlement d'expertise technique.

²⁹ Art. 2.3 du règlement d'expertise technique.

³⁰ Art. 9 du règlement d'expertise technique.

25. Le montant de la provision est déterminé par le Secrétariat et peut faire l'objet d'ajustement en fonction du déroulement concret de l'expertise ou de la modification de la mission de l'expert. À défaut de paiement (du complément) de la provision, la procédure est suspendue (sauf à l'une ou l'autre des parties à accepter de provisionner la part de l'autre partie) et – au cas où l'augmentation de la provision correspond à l'introduction de missions nouvelles – l'extension de la mission sera considérée comme retirée après l'expiration du délai fixé par le Secrétariat pour le paiement.

26. Contrairement au règlement d'arbitrage, le règlement d'expertise technique ne contient pas de barème pour la détermination des honoraires des experts. Le montant des honoraires est déterminé par le Secrétariat, en accord avec l'expert, en tenant compte de la nature et de l'ampleur de la mission confiée³¹.

À moins que les parties s'accordent sur une autre répartition, les frais sont supportés par parts égales par les parties³². Les frais comprennent les honoraires et les frais de l'expert ainsi que les frais administratifs du CEPANI. Les frais et dépenses exposés par les parties, par contre, n'en font pas partie et sont supportés par chacune des parties.

II. L'arbitrage CEPANI: questions choisies en lien avec les litiges immobiliers

A. Procédures complexes

27. Un projet immobilier implique fréquemment une multitude d'intervenants. Au cours de l'élaboration, et surtout de l'exécution du projet, de nombreux spécialistes collaborent et travaillent en parallèle à la réalisation du projet. Les litiges de construction, par conséquent, impliquent régulièrement plusieurs parties et/ou concernent plusieurs contrats.

Cette réalité doit être prise en compte lorsque des parties envisagent de recourir à l'arbitrage pour résoudre leur différend. Alors que dans une procédure judiciaire, il est relativement aisé d'engager une procédure à l'encontre de plusieurs parties ou de (faire) intervenir des tiers à la procédure, tel n'est pas le cas en arbitrage. La nature conventionnelle de l'arbitrage peut constituer un obstacle à l'organisation d'une procédure multipartite ou intéressant plusieurs contrats. Il se déduit en effet du principe de la relativité des conventions (art. 1165 C. Civ.) que, sauf stipulation contraire, l'arbitrage ne

³¹ Art. 15 du règlement d'expertise technique.

³² Art. 17 du règlement d'expertise technique.

peut s'initier qu'entre les seules parties liées par la convention d'arbitrage^{33 34}. Il s'agit là d'une force, mais également d'une faiblesse de l'arbitrage: comme l'explique H. Boularbah, «le respect dû à la volonté des parties est à ce point puissant qu'il permet d'exclure la juridiction des tribunaux étatiques même en cas de connexité. Il ne s'efface que devant l'indivisibilité qui demeure en droit judiciaire privé, une situation exceptionnelle»³⁵.

Face à ce constat, bien entendu, l'ensemble des parties impliquées dans un projet immobilier seraient idéalement inspirées de prévoir, dans leurs contrats respectifs, la possibilité de l'intervention dans le cadre des procédures arbitrales relatives à l'exécution du projet. De telles clauses se rencontrent toutefois rarement en pratique, soit parce que les parties n'ont pas conscience du caractère multipartite du litige potentiel, soit parce qu'elles voient un avantage à ce que le litige se trouve divisé en autant de procédures qu'il y a de relations contractuelles³⁶.

28. Le nouveau règlement du CEPANI contient des dispositions visant à appréhender ces situations, et dont le but est de les traiter, si possible, dans le cadre d'une procédure unique afin de refléter la réalité économique dans le contexte de laquelle la procédure arbitrale est initiée³⁷.

Ces règles présentent l'avantage de diminuer les frais totaux de la procédure et de garantir la participation de toutes les parties intéressées à la procédure. Elles permettent également d'éviter les décisions incohérentes ou inconciliables³⁸.

1. Principe

29. Le règlement d'arbitrage du CEPANI énonce deux principes fondamentaux. Premièrement, la procédure peut avoir lieu entre plus de deux parties (art. 9)³⁹ et, deuxièmement, les parties peuvent former des demandes découlant de plusieurs contrats différents (art. 10).

³³ Voy. Cass., 22 janvier 1959, *Pas.*, 1959, I, p. 196.

³⁴ Un tiers à une procédure arbitrale ne peut d'ailleurs pas former tierce opposition contre la sentence arbitrale rendue dans un litige auquel il n'aurait pas participé. Les articles 1122 et suivants du Code judiciaire ne sont, en effet, pas d'application à l'égard des sentences arbitrales (Anvers, 26 mars 2007, *R.D.J.P.*, 2008, p. 115, note M. PIERS).

³⁵ H. BOULARBAH, «Les procédures parallèles et les tiers», in *L'arbitrage et les tiers*, coll. CEPANI, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 173.

³⁶ Voy. en ce sens K. Cox, «Res inter alios arbitrata pro veritate habetur?», in *Hommage à Guy Keutgen*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 500.

³⁷ M. DAL, *op. cit.*, p. 350.

³⁸ D. MATRAY et G. MATRAY, *op. cit.*, p. 65.

³⁹ L'intervention de plusieurs parties dans le cadre d'une procédure unique soulève de nombreuses questions en lien avec la constitution du tribunal arbitral. Voy. à ce sujet O. CAPRASSE, «The Setting Up of the Arbitral Tribunal in Multi-party Arbitration», *R.D.A.I.*, 2006, pp. 202-208.

Il faut, dans les deux cas, que les parties se soient convenues d'avoir recours à l'arbitrage conformément au règlement du CEPANI⁴⁰. Pour former des demandes relatives à des contrats différents, il convient en outre que toutes les parties se soient accordées pour trancher les demandes dans le cadre d'une procédure unique⁴¹. Les conventions d'arbitrage incluses dans les différents contrats doivent également être compatibles⁴², sans qu'il soit toutefois exigé qu'elles soient identiques⁴³.

30. En présence d'une pluralité de contrats, il n'est pas requis que l'accord des parties pour voir le litige tranché dans le cadre d'une procédure unique soit exprès⁴⁴. En vertu de l'article 12 du règlement, il incombe au tribunal arbitral de déterminer l'existence d'un tel accord. En l'absence de volonté expresse clairement exprimée, la détermination de la possibilité de trancher les litiges ensemble dans le cadre d'une procédure unique n'est certainement pas chose aisée. Comme le relève O. Caprasse, «une fois encore, la réponse dépend de l'interprétation de la commune intention des parties. Différents éléments doivent être pris en compte par l'institution arbitrale en charge de l'arbitrage et, en définitive, par le tribunal arbitral qui doit statuer sur sa propre compétence (en vertu du principe "*kompetenz-kompetenz*"), sous réserve du contrôle final des juridictions étatiques»⁴⁵.

Le règlement institue une présomption négative concernant les litiges découlant de plusieurs contrats: si ces litiges sont relatifs à des opérations étrangères l'une à l'autre⁴⁶, les parties sont présumées ne pas avoir convenu de les trancher dans le cadre d'une procédure unique⁴⁷.

⁴⁰ Art. 9.1 et 10.1(b) du règlement d'arbitrage. En présence d'une pluralité de contrats, s'il est nécessaire que toutes les parties se soient accordées pour trancher les demandes dans le cadre d'une procédure unique, il ne semble toutefois pas requis que tous les contrats conclus entre les parties contiennent une clause d'arbitrage CEPANI: il serait suffisant qu'un seul des contrats prévoie la compétence du CEPANI (voy. L. DEMEYERE et H. VERBIST, *op. cit.*, p. 685; D. DE MEULEMEESTER et H. VERBIST, *op. cit.*, p. 79).

⁴¹ Cet accord peut être formalisé *ab initio* dans la clause d'arbitrage ou ultérieurement après la naissance du litige.

⁴² Voy. l'art. 10.2 du règlement d'arbitrage. Voy. aussi D. MATRAY et G. MATRAY, *op. cit.*, p. 71. L'article 10.2 stipule, à ce sujet, que «des différences relatives aux règles de droit applicables ou à la langue de la procédure ne font pas présumer que les conventions d'arbitrage sont incompatibles».

⁴³ G. KEUTGEN, «Le nouveau règlement d'arbitrage du centre belge d'arbitrage et de médiation (CEPANI)», *op. cit.*, p. 105.

⁴⁴ D. MATRAY et G. MATRAY, *op. cit.*, p. 71.

⁴⁵ O. CAPRASSE, *op. cit.*, p. 201. L'auteur indique ainsi que les éléments suivants ont déjà, entre autres, aidé les tribunaux ou les juridictions étatiques à statuer sur ce point: «Existe-t-il une clause d'arbitrage identique dans les différents contrats ou au moins des clauses d'arbitrages compatibles? Les parties ont-elles envisagé leurs différents contrats comme formant une entité contractuelle unique? Les parties aux différents contrats sont-elles les mêmes?».

⁴⁶ Le concept d'«opérations» étrangères vise des opérations d'ordre commercial ou économique (voy. P. HOLLANDER, *op. cit.*, p. 233; D. MATRAY et G. MATRAY, *op. cit.*, p. 72).

⁴⁷ Art. 10.3 du règlement d'arbitrage.

Comme le souligne P. Hollander⁴⁸, des contrats relatifs à un même projet immobilier concernent une opération identique. Par exemple, les demandes découlant, d'une part, d'un contrat entre un maître de l'ouvrage et un entrepreneur et, d'autre part, d'un contrat entre cet entrepreneur et un sous-traitant, pourront, être tranchées ensemble si elles concernent le même projet immobilier, qu'elles prévoient le recours à l'arbitrage et que le tribunal arbitral puisse établir l'existence d'un accord des parties pour trancher les demandes dans le cadre d'un arbitrage unique⁴⁹. En sens inverse, deux conventions de sous-traitance conclues entre deux mêmes parties, mais relatives à deux projets immobiliers distincts, ne pourront pas faire l'objet d'une procédure arbitrale unique, sauf accord contraire des parties.

31. Dans le cadre d'une procédure unique, chacune des parties peut former des demandes à l'encontre de toute autre partie. Les demandes formulées au début de la procédure⁵⁰ déterminent le cadre de la mission de l'arbitre.

L'admission de demandes nouvelles en cours de procédure est sujette à l'accord du tribunal arbitral⁵¹. Ce dernier peut refuser de s'en saisir si elles sont de nature à retarder l'instruction ou le règlement de la demande initiale ou si elles sortent des limites fixées dans l'acte de mission⁵².

⁴⁸ P. HOLLANDER, *op. cit.*, p. 233.

⁴⁹ Dans certaines hypothèses de « chaînes de contrats », la possibilité de recourir à l'arbitrage entre parties non signataires de la convention contenant la clause d'arbitrage, mais directement impliquées dans l'exécution de celle-ci, avait déjà été reconnue. Tel était notamment le cas, fréquent en matière immobilière, dans une chaîne de contrats translatifs de propriété: dans pareil cas, la clause d'arbitrage contenue dans le contrat conclu entre le fabricant et l'acheteur est applicable au dernier acquéreur qui initierait une action contre ce fabricant (voy. Cass. fr., 27 mars 2007, *J.D.I.*, 2007, p. 968, dans lequel la Cour de cassation française précise que « dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, la clause compromissoire est transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel transmis, sans incidence du caractère homogène ou hétérogène de cette chaîne. L'effet de la clause d'arbitrage international s'étend aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et les litiges qui peuvent en résulter »). Voy. également à ce sujet D. MATRAY et G. MATRAY, « La rédaction de la convention d'arbitrage », *La convention d'arbitrage, groupes de sociétés et groupes de contrats*, coll. CEPANI, Bruxelles, Bruylants, 2007, p. 35).

⁵⁰ C'est-à-dire celles énoncées dans l'acte de mission établi conformément à l'article 22 du règlement d'arbitrage.

⁵¹ Le tribunal arbitral peut en effet décider de statuer sur les chefs de contestation que les parties lui ont soumis à titre d'extension de la convention d'arbitrage (Cass., 10 décembre 1998, *Bull.*, 1998, p. 1206). L'article 1704, § 2, du Code judiciaire énonce par ailleurs que «sauf convention contraire des parties, chaque partie peut modifier ou compléter sa demande ou sa défense en cours de procédure arbitrale, à moins que le tribunal arbitral considère ne pas devoir autoriser un tel amendement, notamment en raison du retard avec lequel il est formé».

⁵² Art. 23.8 du règlement d'arbitrage. Cette disposition précise que le tribunal arbitral « (...) peut également tenir compte de toutes autres circonstances particulières ». Ceci permet au tribunal arbitral d'accueillir une demande nouvelle, lors même qu'une partie refuserait d'accepter une adaptation de l'acte de mission permettant au tribunal arbitral de se saisir de ladite demande nouvelle.

2. Intervention

32. Le règlement d'arbitrage du CEPANI admet, dans son principe, l'intervention de tiers dans la procédure. L'article 11.1 du règlement énonce, à ce sujet, que «un tiers peut demander à intervenir dans une procédure et toute partie peut appeler un tiers en intervention». Toutes les interventions sont donc possibles; forcées ou volontaires, agressives ou conservatoires⁵³.

33. Malgré la généralité apparente de ce principe, l'intervention d'un tiers n'est admise qu'à des conditions strictes. À ce niveau, la procédure arbitrale est moins souple qu'une procédure judiciaire.

34. Premièrement, le tiers doit être lié par une convention d'arbitrage CEPANI avec toutes les autres parties à la procédure. L'intervention est impossible s'il n'existe pas de convention entre le tiers et chacune des parties à la procédure⁵⁴. La convention d'arbitrage ne doit toutefois pas nécessairement être celle sur la base de laquelle la procédure a été introduite par le demandeur originaire⁵⁵.

35. Deuxièmement, la demande d'intervention doit intervenir avant la nomination ou l'agrément du tribunal arbitral. Cette règle garantit l'égalité des parties dans la constitution du tribunal⁵⁶. Elle s'explique également par la nécessité pour les arbitres de connaître, au moment d'accepter leur désignation, l'identité des parties afin d'éviter un éventuel conflit d'intérêt⁵⁷.

Les parties peuvent déroger à cette deuxième condition⁵⁸.

36. Dès l'instant où le tiers intervenant est admis à la procédure, il peut former des demandes à l'encontre de toutes parties à la procédure.

3. Jonction

37. La jonction de plusieurs procédures arbitrales distinctes présentant un lien de connexité ou d'indivisibilité est autorisée par le règlement du CEPANI, à condition que ces procédures se déroulent conformément au règlement du CEPANI⁵⁹.

⁵³ D. MATRAY et G. MATRAY, *op. cit.*, p. 74.

⁵⁴ Et ce même si la demande du tiers n'est dirigée qu'à l'encontre de certaines parties à la procédure.

⁵⁵ Ceci résulte de l'article 11.4 du règlement d'arbitrage, qui requiert que la demande d'intervention soit accompagnée de la copie des conventions intervenues, et en tout cas de la convention d'arbitrage qui lie les parties et le tiers (voy. également D. MATRAY et G. MATRAY, *op. cit.*, p. 74).

⁵⁶ Voy. P. HOLLANDER, *op. cit.*, p. 233; L. DEMEYERE et H. VERBIST, *op. cit.*, p. 685.

⁵⁷ G. KEUTGEN, «Le nouveau règlement d'arbitrage du centre belge d'arbitrage et de médiation (CEPANI)», *op. cit.*, p. 106.

⁵⁸ Art. 15.7 du règlement d'arbitrage.

⁵⁹ Art. 13 du règlement d'arbitrage.

38. Le règlement ne précise pas ce qu'il faut entendre par procédures connexes ou indivisibles.

En droit judiciaire belge, des demandes sont considérées comme connexes lorsqu'elles sont liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et juger en même temps afin d'éviter des solutions qui seraient susceptibles d'être inconciliaires si les causes étaient jugées séparément⁶⁰. Des litiges sont dits indivisibles lorsque l'exécution conjointe des décisions distinctes auxquelles il donnerait lieu, serait matériellement impossible⁶¹. Bien que le tribunal arbitral ne soit pas tenu par ces règles, les principes qui y sont énoncés sont généralement acceptés au niveau international⁶².

39. La décision de jonction incombe au Comité de désignation du CEPANI ou au Président, et non aux tribunaux arbitraux concernés.

La jonction est accordée d'office si les parties s'accordent sur le principe et sur les modalités de la jonction. À défaut d'accord, la jonction pourra être ordonnée (i) si les parties n'ont pas exclu la jonction dans leur convention d'arbitrage, et (ii) si les demandes sont soit formées sur la base de la même convention d'arbitrage soit sur la base de plusieurs conventions d'arbitrage compatibles si les procédures intéressent les mêmes parties et découlent du même rapport juridique.

40. En cas de jonction, le Comité de désignation du CEPANI ou le Président nomme les membres du tribunal arbitral qui connaîtra des procédures jointes⁶³ ⁶⁴.

B. Mesures provisoires et conservatoires

41. Les litiges immobiliers sont fréquemment caractérisés par la nécessité de procéder dans l'urgence : les parties (ou l'une d'entre elles au moins) désire par exemple faire réaliser un constat contradictoire d'une situation en cours de

⁶⁰ Art. 30 C. jud.

⁶¹ Art. 31 C. jud.

⁶² P. HOLLANDER, *op. cit.*, p. 233.

⁶³ Il n'est pas clair si une jonction peut intervenir lorsque les procédures sont fondées sur des clauses d'arbitrage distinctes et qui prévoient un nombre différent d'arbitres. Contrairement à l'article 15.7 concernant la jonction, l'article 15.8 ne précise pas que le Comité de désignation du CEPANI ou le Président dispose du pouvoir de déterminer le nombre d'arbitres devant constituer le tribunal arbitral. Des conventions d'arbitrage prévoyant un nombre différent d'arbitres pourraient être considérées comme «incompatibles» au sens de l'article 13.2(c). Il convient par ailleurs de souligner que l'irrégularité dans la constitution du tribunal arbitral est une cause d'annulation de la sentence en droit belge (art. 1717, § 3, (v), C. jud.).

⁶⁴ Si la mission des arbitres initialement nommés prend fin avec la constitution du nouveau tribunal arbitral, consécutivement à la jonction, la nomination, pour constituer le nouveau tribunal arbitral, d'arbitres ayant participé à l'un des différends faisant l'objet de la jonction n'est pas expressément interdite. Voy. en ce sens D. MATRAY et G. MATRAY, *op. cit.*, p. 80.

chantier ou à la prise d'une décision à très bref délai, afin d'éviter un blocage prolongé du projet.

Le recours à l'arbitrage CEPANI n'affecte pas le droit des parties de solliciter des mesures provisoires et conservatoires. Au contraire, il renforce ce droit en leur offrant une voie supplémentaire pour obtenir de telles mesures. Dans le cadre d'une procédure d'arbitrage CEPANI, les parties ont en effet le choix de s'adresser au tribunal arbitral ou à une autorité judiciaire pour obtenir des mesures provisoires ou conservatoires.

42. Le règlement n'établit pas de hiérarchie entre le tribunal arbitral et l'autorité judiciaire. Le choix de recourir à l'un ou l'autre incombe entièrement à la partie qui entend obtenir la mesure. Si la partie opte pour la voie judiciaire alors que la procédure arbitrale a déjà été initiée, elle doit toutefois informer le Secrétariat et le tribunal dans les meilleurs délais des mesures qui seraient ordonnées par cette autorité⁶⁵.

43. Il peut exister plusieurs raisons de préférer le tribunal arbitral plutôt qu'une autorité judiciaire, ou inversement. Les mesures prononcées par un tribunal arbitral peuvent, dans certaines circonstances, avoir une plus grande efficacité (d'un point de vue géographique notamment) que celles prononcées par une autorité judiciaire étatique. Inversement, certaines mesures provisoires ou conservatoires sont hors de portée du tribunal arbitral. En droit belge, par exemple, un tribunal arbitral n'a pas le pouvoir d'autoriser une saisie conservatoire⁶⁶.

44. La possibilité de solliciter des arbitres des mesures provisoires ou conservatoires suppose, bien entendu, que le tribunal arbitral soit en place. L'article 27 du règlement prévoit ainsi que chacune des parties peut demander au tribunal arbitral l'adoption de pareilles mesures, soit au travers d'une ordonnance motivée, soit au travers d'une sentence⁶⁷.

45. Cependant, la constitution du tribunal arbitral peut prendre un certain temps et les parties – en raison de la situation d'urgence dans laquelle elles se trouvent – n'ont pas nécessairement le loisir d'attendre jusque-là.

⁶⁵ Art. 27.2 du règlement d'arbitrage.

⁶⁶ Art. 1691 C. jud.

⁶⁷ Le recours à l'ordonnance de procédure est plus rapide: une telle ordonnance ne doit pas transiter par le Secrétariat du CEPANI, conformément à l'article 31.1 du règlement; par ailleurs, à la différence de la sentence, l'ordonnance n'est pas susceptible d'un recours en annulation (visé à l'art. 1716 C. jud.). En revanche, une ordonnance ne peut faire l'objet d'une exécution forcée, l'article 1719 du Code judiciaire réservant aux seules sentences le bénéfice de la procédure d'*exequatur*. Sauf si les parties ont expressément convenu dans l'acte de mission que les questions relatives aux mesures conservatoires et provisoires devaient être tranchées par voie de sentence, les arbitres tranchent le plus souvent pareilles questions par voie d'ordonnance de procédure (voy. B. HANOTIAU, «Les différentes manières pour un arbitre de trancher les conflits qui lui sont soumis», in *La sentence arbitrale*, coll. CEPANI, Bruxelles, Bruylants, 2006, p. 30).

Afin de rencontrer cette difficulté, le CEPANI a introduit en 2013 dans son règlement une sorte de référent arbitral permettant la désignation d'un « arbitre d'urgence » amené à se prononcer au provisoire sur les demandes de mesures provisoires ou conservatoires qui ne peuvent attendre la constitution du tribunal arbitral. Cette procédure, inspirée des règlements d'autres institutions arbitrales telles que la CCI⁶⁸ et la SCC⁶⁹, est réglée par l'article 26 du règlement CEPANI⁷⁰.

Le règlement organise la procédure d'une façon telle qu'une décision puisse être rendue dans un délai maximum de 15 jours ouvrables à compter de la réception du dossier par l'arbitre. Afin de simplifier et d'accélérer la procédure, le règlement prévoit notamment que :

- un arbitre unique est désigné par le Comité de désignation du CEPANI ou le Président; les parties ne formulent aucune proposition ou observation quant au choix de l'arbitre⁷¹;
- le défendeur ne soumet pas au Secrétariat de réponse à la demande de mesure provisoire ou conservatoire; le débat entre les parties se déroule directement devant l'arbitre désigné par le CEPANI;
- certains éléments procéduraux – tels que la langue⁷² ou le montant des frais⁷³ – sont fixés à l'avance, afin d'éviter tout contestation et retardement de la procédure;
- l'arbitre n'établit pas d'acte de mission; il se contente de fixer un calendrier de procédure;
- la procédure de récusation de l'arbitre est accélérée; le comité de récusation du CEPANI doit se prononcer sur la recevabilité et le bien-fondé de la demande en récusation dans les trois jours de la réception du dossier⁷⁴;
- la sentence est notifiée aux parties par l'arbitre et non par le CEPANI⁷⁵.

Cette procédure d'urgence est nouvelle et doit encore faire ses preuves. On peut cependant regretter que le règlement du CEPANI soit moins détaillé que celui d'autres institutions arbitrales et laisse certaines questions importantes

⁶⁸ Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, dont le siège est à Paris.

⁶⁹ *Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*, dont le siège est à Stockholm.

⁷⁰ Sur cette procédure, voy. notamment H. VERBIST, « The Emergency Arbitrator Provisions in the New 2013 CEPANI Rules of Arbitration », *CEPANI Newsletter*, n° 71, Bruxelles, janvier 2013, pp. 3-9.

⁷¹ Les parties ont toutefois la possibilité de récuser l'arbitre.

⁷² La demande de mesures provisoires et conservatoires doit être introduite dans la langue convenue ou à défaut, dans la langue de la convention d'arbitrage.

⁷³ Le montant des frais est fixé, conformément à l'article 7 de l'Annexe I, à 15.000 euros dont 3.000 euros pour les frais administratifs du CEPANI. Ce montant fixe est à charge du demandeur de mesures provisoires et conservatoires. Il peut être augmenté en cours de procédure compte tenu de la nature et de l'importance du travail fourni par l'arbitre et le secrétariat.

⁷⁴ Art. 26.7 du règlement d'arbitrage.

⁷⁵ Normalement, la sentence est transmise par l'arbitre au secrétariat du CEPANI qui se charge de la notifier aux parties (art. 24 du règlement).

non résolues. Entre autres, le règlement ne précise pas dans quelle mesure, et à quelles conditions, l'arbitre d'urgence ou l'arbitre saisi du fond du litige peut être saisi d'une demande de modification ou d'annulation des mesures ordonnées en cas de changement de circonstances. Le règlement ne précise pas non plus dans quelle mesure l'arbitre statuant au provisoire ou le tribunal arbitral statuant au fond peut se prononcer sur la répartition des frais de la procédure d'urgence entre parties.

C. Expertise

46. L'un des avantages majeurs de l'arbitrage réside dans le pouvoir qu'il donne aux parties de choisir les personnes chargées de trancher leur litige ou, du moins, de déterminer la procédure de désignation des arbitres.

47. Dans le cadre d'une procédure CEPANI, les arbitres sont, en principe, désignés par les parties ou par le Comité de désignation du CEPANI ou le Président du CEPANI.

Les arbitres seront choisis sur la base de leurs qualifications et compétences, compte tenu des éléments propres de la cause⁷⁶. Les arbitres ne doivent pas nécessairement être des juristes. Ils peuvent être des experts ou des techniciens. La désignation d'arbitres ayant une certaine compétence technique dispensera, dans certains cas, d'avoir recours à l'expertise⁷⁷.

L'expertise pourra toutefois s'avérer indispensable, soit car la preuve de certains éléments de fait ne peut être rapportée par d'autres modes de preuve que l'expertise (spécialement en raison de leur caractère technique et complexe), soit car le tribunal arbitral souhaite bénéficier d'un avis concernant un élément de fait à propos duquel il ne s'estime pas suffisamment éclairé⁷⁸.

48. En arbitrage international, il est d'ailleurs relativement rare que les arbitres ordonnent une expertise. Les parties soumettent plutôt des rapports unilatéraux sur la base desquels le tribunal arbitral basera sa décision. Les experts sont, dans cette configuration, considérés comme étant des témoins de l'une ou l'autre des parties, à la seule différence qu'au lieu de relater des faits dont ils auraient eu connaissance, les experts fournissent au tribunal arbitral le résultat de leurs constatations et de leurs analyses, à la lumière de leurs compétences professionnelles. Cette façon de procéder, qui reçoit habi-

⁷⁶ Art. 15.8 du règlement d'arbitrage.

⁷⁷ Voy. G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et international*, t. 1, *Le droit belge*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 368.

⁷⁸ Voy. V. VAN HOUTTE, «Party-Appointed Experts and Tribunal-Appointed Experts», in *Arbitral Procedure at the Dawn of the New Millennium. Reports of the International Colloquium of the CEPANI*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 140-141.

tuellement la préférence des parties relevant des systèmes de *Common Law*⁷⁹, présente l'avantage d'accélérer l'expertise en raison de l'absence de contradicteur⁸⁰. Malgré le fait que les experts sont, dans ce cas, désignés par chacune des parties, les exigences d'indépendance et d'impartialité demeurent applicables en ce qui les concerne^{81 82}.

Il revient bien entendu au tribunal arbitral de se prononcer sur le bien-fondé des rapports d'expertise unilatéraux. À cette fin, le tribunal arbitral peut convoquer les conseils techniques des parties à une audience afin de les interroger sur leurs rapports et de les confronter⁸³.

49. S'il l'estime utile – et s'il n'en résulte pas des coûts disproportionnés au regard de la valeur du litige –, le tribunal arbitral peut également, par

⁷⁹ Sur l'influence respective des traditions continentales et de *common law* dans la pratique de l'arbitrage, voy. entre autres B. HANOTIAU, « Civil Law and Common Law Procedural Traditions in International Arbitration: Who has Crossed the Bridge? », in *Arbitral Procedure at the Dawn of the New Millennium. Reports of the International Colloquium of the CEPANI*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 83-98.

⁸⁰ Voy. J. JENKINS, *op. cit.*, p. 201. Sur le choix par une partie de son expert, la préparation du rapport de l'expert et de son audition par le tribunal arbitral, voy. entre autres M. FEUTRILL et N. RUBINS, « The Preparation of Expert Evidence in International Commercial Arbitration: Practical Aspects », *R.D.A.I.*, 2009, pp. 307-331. La CCI a également mis en place un règlement d'expertise auquel, même s'il ne s'agit pas là de son principal objectif, les parties ou le tribunal arbitral peuvent utilement se référer pour l'administration de l'expertise dans le cadre d'une procédure arbitrale (voy. ICC, *Rules for Expertise*, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2003 (disponibles sur le site www.iccwbo.org).

⁸¹ Voy. R. PIETROWSKI, « Evidence in International Arbitration », *Arb. International*, 2006, p. 397; V. VAN HOUTTE, « Deskundige onderzoek en andere onderzoeksmaatregelen », in *L'administration de la preuve en matière d'arbitrage*, coll. CEPANI, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 172.

⁸² Dans la conception de l'arbitrage selon les pratiques du *Common law*, largement répandue dans les litiges internationaux, rien n'empêche aux parties et à leurs conseils de préparer le témoignage de l'expert, tant avant, que pendant ou après la préparation ou la remise de son rapport ou de son témoignage à l'audience. Cette approche est parfois perçue avec méfiance par les praticiens relevant d'un système juridique – tel autrefois le droit belge – dont la déontologie prohibe la relation entre un avocat et les personnes appelées à témoigner dans une cause dont il est chargé. Suite au constat de l'inégalité des armes entre les avocats belges et ceux relevant d'une autre tradition juridique (voy. D. MATRAY et G. MATRAY, « L'administration de la preuve en matière d'arbitrage », in *L'administration de la preuve en matière d'arbitrage*, coll. CEPANI, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 29-32), le Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Bruxelles a adopté, le 12 octobre 2010, un « Règlement sur les relations de l'avocat avec les témoins dans les modes de résolution des conflits qui ont un fondement contractuel tels que l'arbitrage, la médiation, la conciliation ou la tierce décision obligatoire ». L'article 2, alinéa 2, de ce règlement permet à l'avocat, afin de s'assurer de la pertinence et du sérieux des témoignages produits, d'avoir « (...) des contacts préparatoires avec un témoin pressenti afin de l'assister, s'il y a lieu, dans la préparation d'une attestation écrite, ainsi qu'avant son audition ».

⁸³ L'art. 1707, § 3, du Code judiciaire prévoit en effet que la possibilité (prévue par l'art. 1707, § 2) pour une partie ou pour le tribunal arbitral d'inviter l'expert à participer à une audience à laquelle les parties peuvent l'interroger, « (...) s'applique aux conseils techniques désignés par les parties ». Pour une description détaillée de la procédure suggérée pour procéder à l'audition des experts des parties, voy. entre autres A. REDFERN, M. HUNTER, N. BLACKABY et C. PARTASIDES, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Londres, Sweet & Maxwell, 2004, p. 308.

ordonnance de procédure⁸⁴, nommer lui-même un ou plusieurs experts pour disposer d'un avis sur certains points techniques⁸⁵. Dans la mesure où les membres du tribunal arbitral sont notamment choisis en fonction des compétences particulières qu'ils peuvent avoir développées dans un secteur d'activité – par exemple le droit immobilier ou le droit de la construction –, la désignation par le tribunal arbitral d'un ou de plusieurs experts pourrait se justifier moins aisément que dans le cadre d'une procédure judiciaire⁸⁶.

La mission de l'expert doit être limitée à l'examen de l'un ou l'autre élément factuel du litige que la compétence des arbitres ne permet pas d'apprécier ; en aucun cas le recours à l'expertise ne peut-il apparaître comme une délégation par les arbitres de leur mission de trancher, fût-ce partiellement, le différend soumis à l'arbitrage⁸⁷.

Les modalités du déroulement de l'expertise sont arrêtées par les parties et, à défaut, par le tribunal arbitral⁸⁸. La procédure d'expertise doit, en tout état de cause, être contradictoire⁸⁹. Le rapport remis par l'expert au tribunal arbitral a une valeur d'avis et ne lie pas les arbitres. Ils peuvent s'en écarter s'ils estiment que les conclusions de l'expert ne sont pas convaincantes⁹⁰. Par ailleurs, à la demande de l'une ou des parties, ou d'initiative, le tribunal arbitral peut récuser l'expert. Si les dispositions du Code judiciaire relatives à l'arbitrage n'organisent pas de procédure spécifique pour la récusation des arbitres désignés par un tribunal arbitral, et n'énoncent pas non plus les motifs de récusation d'un tel expert, le tribunal arbitral peut toutefois utilement se référer à l'article 828 du Code judiciaire, qui énonce les raisons pour lesquelles un juge peut être récusé – raisons qui, en application de l'article 966 du Code judiciaire, s'appliquent également aux experts judiciaires –. Par ailleurs, l'exigence générale d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre – énoncée à l'article 1686, paragraphe 2, du Code judiciaire –, s'applique également à l'expert désigné par le tribunal arbitral⁹¹.

⁸⁴ L'ordonnance de procédure est généralement privilégiée à la sentence, car elle empêche tout recours contre la décision de désignation d'un expert par le tribunal arbitral (voy. V. VAN HOUTTE, « Deskundige onderzoek en andere onderzoeksmaatregelen », *op. cit.*, p. 180).

⁸⁵ Art. 23.3 du règlement d'arbitrage.

⁸⁶ Voy. *supra*, nos 47-48.

⁸⁷ Voy. en ce sens V. VAN HOUTTE, « Deskundige onderzoek en andere onderzoeksmaatregelen », *op. cit.*, p. 183.

⁸⁸ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, p. 369.

⁸⁹ L'exigence du respect du contradictoire dans le déroulement de l'expertise ordonnée par le tribunal arbitral résulte directement du caractère contradictoire de la procédure arbitrale, énoncé à l'article 1699 du Code judiciaire. À défaut du respect de cette exigence, la sentence pourrait faire l'objet d'un recours en annulation (voy. art. 1717, § 3, C. jud.).

⁹⁰ Voy. par ex. Gand, 14 janvier 2004, *R.D.J.P.*, 2004, p. 77 : dans cette affaire, la Cour d'appel de Gand, rappelant le principe de la libre appréciation par l'arbitre des moyens de preuves qui lui sont présentés, a rejeté le recours en annulation d'une sentence dans laquelle le tribunal arbitral s'était refusé à désigner un expert.

⁹¹ Voy. en ce sens J. VAN COMPERNOLLE, « Expertise et arbitrage », in J. VAN COMPERNOLLE et B. DUBUISSON (éd.), *L'expertise*, Bruxelles, Bruylants, 2002, pp. 40-41.

50. Bien qu'il n'existe pas de données à ce sujet, on peut penser qu'une expertise ordonnée dans le cadre d'une procédure arbitrale est en général plus rapide que celle ordonnée dans le cadre d'une procédure judiciaire.

Premièrement, le tribunal arbitral a l'obligation de procéder à l'instruction de la cause dans les plus brefs délais⁹² et doit en principe rendre sa sentence dans les six mois à compter de la date de l'acte de mission⁹³. Une prolongation du délai n'est accordée que dans les cas dûment justifiés ou moyennant l'accord exprès des parties⁹⁴. Le tribunal arbitral veillera donc particulièrement à ce que l'expert fasse preuve de diligence.

Deuxièmement, les arbitres ont une obligation d'être suffisamment disponibles pour traiter le litige⁹⁵. Ils seront donc, en principe, plus à même de contrôler les travaux de l'expert et de prévenir un enlisement de l'expertise.

Conclusion

51. Lorsque les parties décident de soustraire leur différend de la compétence des cours et tribunaux en recourant à l'arbitrage, elles peuvent choisir la voie de l'arbitrage *ad hoc* ou préférer recourir à l'arbitrage institutionnel. En optant pour une institution d'arbitrage, les parties acceptent que la procédure arbitrale soit régie par le règlement établi par cette institution; rédigé par des spécialistes de la procédure arbitrale, ce règlement assure habituellement un équilibre entre les droits et devoirs de chacune des parties, tout en réglant la procédure depuis son commencement jusqu'à son aboutissement.

Ceci présente donc l'avantage d'éviter aux parties de devoir s'accorder sur le détail des règles de procédure applicables à leur différend⁹⁶.

52. À cet égard, le choix du CEPANI pour le règlement des différends relevant du secteur de l'immobilier et de la construction permet aux parties, non

⁹² Art. 23.2 du règlement d'arbitrage.

⁹³ Art. 28.1 du règlement d'arbitrage. Le règlement du CEPANI est, à cet égard, plus strict que l'article 1713, paragraphe 2, du Code judiciaire, qui se limite à prévoir que «les parties peuvent fixer le délai dans lequel la sentence doit être rendue ou prévoir les modalités selon lesquelles ce délai sera fixé et le cas échéant, prolongé». Ce n'est qu'à défaut de l'avoir fait que, si le tribunal arbitral tarde à rendre sa sentence et qu'un délai de six mois s'est écoulé à compter de la désignation du dernier arbitre, la partie la plus diligente peut saisir le président du tribunal de première instance afin que celui-ci impartisse au tribunal arbitral un délai pour rendre la sentence (art. 1713, § 2, al. 2, C. jud.).

⁹⁴ Annexe III (règles de bonne conduite pour les procédures d'arbitrage à l'intervention du CEPANI), point 8.

⁹⁵ Art. 15.1 du règlement d'arbitrage; Annexe III (règles de bonne conduite pour les procédures d'arbitrage à l'intervention du CEPANI), point 3.

⁹⁶ Certes, dans un arbitrage *ad hoc*, de telles règles pourraient encore être fixées lors de la signature de l'acte de mission. Il n'est cependant pas rare que les parties en litige ne s'accordent pas sur le contenu de cet acte de mission (voy. D. MATRAY et G. MATRAY, «Le nouveau règlement d'arbitrage du centre belge d'arbitrage et de médiation (CEPANI)», *op. cit.*, p. 47).

seulement de compter sur le rôle actif de l'institution, en tant qu'appui aux parties et aux arbitres pendant tout le déroulement de la procédure, mais également de bénéficier d'un règlement d'arbitrage profondément modifié en 2013.

Parmi les modifications substantielles apportées au règlement, certaines présentent une importance accrue au regard des difficultés particulières rencontrées dans les litiges immobiliers ou de la construction.

Tel est spécialement le cas des dispositions du règlement relatives à la pluralité de parties ou de contrats, ou de celles concernant la jonction de procédures. Sans préjudice du respect de la volonté des parties, la réforme du règlement permet ainsi de réunir dans une même procédure arbitrale les différents acteurs d'un projet immobilier, et de diminuer le risque de voir rendues, à l'occasion du règlement d'un différend relatif à une même opération, des sentences incohérentes.

De même, l'instauration de la procédure dite de l'«arbitre d'urgence» constitue désormais une alternative sérieuse à l'introduction d'une action en référé; jusqu'à présent, cette dernière constituait en effet la seule option ouverte aux parties – du moins lorsque celles-ci n'ont pas organisé dans le contrat de procédure rapide de règlement des différends en cours de chantier (telle la mise en place d'un *Dispute Adjudication Board* ou un *Dispute Review Board*)⁹⁷ –, lorsque la prise d'une décision à très bref délai – c'est-à-dire avant même la constitution du tribunal arbitral – s'impose afin de permettre la poursuite du chantier ou d'éviter la disparition des éléments de preuve.

Enfin, lorsqu'on la compare à la procédure judiciaire ou à la procédure d'arbitrage initiée en application de règlements d'autres institutions, la procédure d'arbitrage CEPANI est caractérisée par sa rapidité – en moyenne huit mois⁹⁸ –. Cette durée limitée est liée à l'absence de recours, aux procédures flexibles et informelles et à l'expertise et à la disponibilité indispensable des arbitres. Dans le cas d'un litige d'une importance pécuniaire limitée (c'est-à-dire mois de 25.000 euros), cette durée est même réduite à environ trois à quatre mois⁹⁹.

⁹⁷ Voy. par ex. sur ces procédures contractuelles, J. JENKINS, *op. cit.*, pp. 99-118.

⁹⁸ Voy. les informations fournies sur le site www.cepani.be.

⁹⁹ Cette procédure pour les litiges d'une importance pécuniaire limitée se déroule en principe entièrement par écrit et un seul arbitre est désigné.