

La responsabilité civile de l'arbitre
The Arbitrator's liability

Thèse de doctorat de l'université Paris-Saclay

École doctorale n° 630, Droit, Economie, Management (ED DEM)
Spécialité de doctorat: Sciences juridiques
Unité de recherche : Université Paris-Saclay, Institut droit éthique patrimoine, 92330,
Sceaux, France.
Réfèrent : Faculté de droit, économie et gestion

Thèse présentée et soutenue à Sceaux, le 30 novembre 2021, par

Matthieu MOREAU-CUCCHI

Composition du Jury

Paul GIRAUD Professeur, Université de Picardie Jules Verne	Rapporteur
Eric LOQUIN Professeur émérite, Université de Bourgogne	Rapporteur
Xavier BOUCOBZA Professeur, Université Paris-Saclay (Paris XI)	Président du jury
Yves-Marie SERINET Professeur, Université Paris-Saclay (Paris XI)	Examineur
Philippe STOFFEL-MUNCK Professeur, Université Panthéon- Sorbonne (Paris I)	Examineur
Christophe SERAGLINI Professeur, Université Paris-Saclay (Paris XI)	Directeur de thèse

Titre : La responsabilité civile de l'arbitre

Mots clés : Arbitrage, Responsabilité civile, nature, conditions.

L'arbitrage est une institution hybride qui mêle des aspects contractuels et juridictionnels. En effet, l'arbitre est contractuellement investi d'une mission juridictionnelle consistant à trancher un litige. Or, cette hybridité ne rejaillit aujourd'hui que partiellement sur la responsabilité de l'arbitre : la responsabilité qu'il engage dans l'exercice de ses fonctions est pleinement contractuelle, mais la faute génératrice de responsabilité est définie différemment selon que le manquement se rattache ou non à la mission de juger.

La présente thèse propose de tirer toutes les conséquences de la nature duale de l'arbitrage sur la responsabilité de l'arbitre. Ainsi, seuls les manquements commis par l'arbitre en sa qualité de contractant devraient être de nature à engager sa responsabilité contractuelle. Les fautes commises dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle, en revanche, devraient conduire à l'engagement d'une responsabilité délictuelle. Pour faire le départ entre ces différents manquements, il est proposé de classer les obligations l'arbitre en distinguant celles qui sont contractuelles de celles qui sont juridictionnelles. Le critère retenu pour procéder à cette classification tient dans la comparaison entre l'arbitre et le juge étatique. Sous réserve de quelques ajustements, les obligations qui pèsent à la fois sur le juge et sur l'arbitre seront qualifiées de juridictionnelles ; celles qui ne pèsent que sur l'arbitre seront qualifiées de contractuelles.

Une fois identifié le régime applicable à la responsabilité arbitrale, il reste à dérouler les conditions de sa mise en œuvre. Cela passe, d'une part, par l'identification des règles de droit international privé applicables dans les cas où le litige portant sur responsabilité de l'arbitre présente un élément d'extranéité. Dans ces hypothèses, il conviendrait de retenir des critères identiques de désignation du juge compétent et de la loi applicable : à titre principal, c'est la volonté des parties qui doit prévaloir ; à titre supplétif, le lieu du siège de l'arbitrage paraît être le critère le plus adapté pour régir la compétence du juge et la loi applicable en matière de responsabilité arbitrale.

La mise en œuvre de la responsabilité de l'arbitre passe, d'autre part, par une application des conditions d'engagement de la responsabilité prévues en droit français interne. A cet égard, les conditions de droit commun tenant au fait générateur de responsabilité paraissent devoir être repensées pour pouvoir s'adapter à la question de la responsabilité arbitrale. Ainsi, s'agissant de la responsabilité délictuelle qu'encourt l'arbitre en cas de faute juridictionnelle, le fait générateur pourrait être repensé autour de la notion de faute lourde juridictionnelle. Celle-ci serait définie comme un manquement de l'arbitre à ses obligations juridictionnelles essentielles, lequel suppose un défaut d'impartialité ou d'indépendance auquel s'ajoute la violation d'une autre obligation juridictionnelle. S'agissant de la responsabilité contractuelle qu'encourt l'arbitre en cas de faute contractuelle, la thèse propose d'identifier, pour chaque obligation contractuelle, le comportement qui peut être attendu de l'arbitre et, en miroir, celui qui pourrait être considéré comme un manquement. Sur cette question, en effet, la distinction classique entre les obligations de moyens et de résultat n'est d'aucun secours pour identifier les manquements générateurs de responsabilité.

S'agissant ensuite de la question du dommage et du lien de causalité, les règles qui les entourent dans le droit commun de la responsabilité paraissent adaptées à la responsabilité arbitrale. Elles devraient donc pouvoir être mobilisées en l'état, sous réserve de préciser les types de dommages réparables, notamment en termes de perte de chance, et de trancher en faveur de la théorie de l'équivalence des conditions pour apprécier le lien de causalité, tant en matière contractuelle que délictuelle.

Title : Arbitrator's liability

Keywords : Arbitrators, liability, nature, condition.

Abstract : Arbitration is a hybrid institution in which contractual and jurisdictional aspects are mixed. As a matter of fact, an arbitrator is invested by a contract with the mission to settle a dispute. And yet, this hybridity does only partially reflect on arbitral liability. The arbitrator's liability is always contractual, but the misconduct that gives rise to his liability is defined differently when it is related to his jurisdictional mission.

The present thesis tries to draw all the consequences from the hybrid nature of arbitration, concerning liability matters. Thus, the liability should be contractual only when the misconduct occurred while the arbitrator was acting as a contractor. By contrast, when he acts as a judge, his liability should be tortious. In order to distinguish those different situations, we offer to classify arbitrators' obligations into two categories based on a comparison between arbitrators and judges. Overall, the obligations that lie with judge and arbitrators would be jurisdictional and would give rise to tort liability. On the contrary, the obligations that only weigh on arbitrators would be contractual and would give rise to contractual liability.

Once one knows which set of rules to apply when it comes to arbitral liability, it remains to implement those rules. In this perspective, it is necessary, firstly, to know which court is competent and which law is applicable to international arbitral liability cases. Regarding jurisdiction as well as law applicable, it seems that same criteria should be used : parties' will should be applied in the first place. On a suppletive basis, if there is no agreement between parties, the dispute regarding arbitral liability should be submitted to the courts of the State where the place of arbitration has been settled. Likewise, the law applicable to this dispute should be determined by the place of arbitration if the parties did not choose another law.

Secondly, it is necessary to determine which conditions need to be fulfilled so that the arbitrator can be found liable, according to French internal liability law. In this regard, it appears necessary to adapt general law of liability to the specificities of arbitral liability. Concerning tort law, the misconduct giving rise to liability could be defined as jurisdictional gross misconduct. It would be characterized when the arbitrator has not been independent or impartial and has furthermore breached another jurisdictional obligation. As for contractual liability, misconducts should be defined on a case-by-case basis : different misconducts should be identified with each contractual obligations, for there is no general definition of contractual misconduct. The distinction between obligations of means and obligations of result is of no use when one tries to know precisely which behavior will give rise to contractual liability.

Finally, concerning prejudice and causal link, general law of liability can be applied as it stands to arbitral liability without any modification. It only appears necessary to specify what damages can be remedied, notably regarding loss of chance. Moreover, the causal link should always be applied on the basis of equivalence of conditions rather than adequate causation, both in contractual and tort liability.

Du fond du cœur, je remercie

Monsieur le Professeur Seraglini, pour avoir accepté de diriger mes recherches et l'avoir fait avec autant d'humanité et de rigueur tout au long de ces années ; pour m'avoir guidé sans jamais rien m'imposer, pour m'avoir fait tant progresser, par sa rigueur et ses exigences.

Ma Compagne, Caroline, pour avoir accepté de former un « *trouple* » avec la thèse. Pour n'avoir jamais cessé d'être à mes côtés, pour n'avoir jamais failli dans les moments de doute, pour avoir toujours su mettre de la tendresse, du rire et de la gourmandise ; ce fut le carburant sans lequel le chemin n'aurait pu se mener.

Ma famille, ma Mère, mon Père, *miu fratellu* et ma Soeur, pour leurs touchantes attentions, pour leur présence jusqu'au bout du bout ; pour n'avoir jamais douté de moi ; pour m'avoir tenu la main quand c'était pour moi le seul moyen de voir demain. *Pé sempre !*

A mi abuela. Parce qu'on a tous besoin d'une étoile polaire.

L'horizon. Pour l'art avec lequel elle a su, quotidiennement, me tenir la main, tout en restant un objectif vers lequel avancer. Pour sa détermination sans faille, pour sa fermeté sans violence, et surtout pour son amitié !

Mes amis, pour être restés fidèles malgré le temps compté que je leur accordai pendant ces années difficiles.

A l'ebreu et à « Mumu » qui ont fait mes années d'université !

Maryse, pour avoir été là chaque fois, pour échanger, pour rire, pour écouter les plaintes et surtout, surtout, pour son immense patience devant mes lacunes administratives.

Mes professeurs, à qui je dois le goût du droit et de la recherche. A celles et ceux qui m'ont passionné ; à celles et ceux qui m'ont impressionné ; à celles et ceux qui se sont montrés si humains ; à celles et ceux qui sont tout cela à la fois !

Ange, miu figliolu, pour faire de moi ce que personne d'autre ne pourra jamais faire.

SOMMAIRE

PARTIE 1 :

L'IDENTIFICATION DU REGIME DE LA RESPONSABILITE DE L'ARBITRE

TITRE 1 : LA NATURE DE LA RESPONSABILITE DE L'ARBITRE

Chapitre 1 : La double nature de l'institution arbitrale

- Section 1 : Le rejet des conceptions monistes de l'arbitrage
- Section 2 : La consécration d'une conception dualiste de l'arbitrage

Chapitre 2 : La double nature de la responsabilité de l'arbitre

- Section 1 : Une responsabilité de nature contractuelle
- Section 2 : Une responsabilité de nature délictuelle

TITRE 2 : LE DOMAINE DE LA RESPONSABILITE DE L'ARBITRE

Chapitre 1 : La vérification du critère de la comparaison

- Section 1 : Les obligations juridictionnelles de l'arbitre, par similarité avec le juge
- Section 2 : Les obligations contractuelles de l'arbitre, par dissemblance avec le juge

Chapitre 2 : Les difficultés d'application du critère de la comparaison

- Section 1 : Les difficultés tenant à une similarité trompeuse entre les obligations
- Section 2 : Les difficultés tenant à un défaut de similarité entre les obligations

PARTIE 2 : LA MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITE DE L'ARBITRE

TITRE 1 : LES ENJEUX DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE LIES A LA RESPONSABILITE DE L'ARBITRE

Chapitre 1 : Le juge compétent

- Section 1 : Les critères écartés
- Section 2 : Les critères proposés

Chapitre 2 : La loi applicable

- Section 1 : La nécessité de la méthode conflictuelle
- Section 2 : L'application de la méthode conflictuelle

TITRE 2 : LES CONDITIONS D'ENGAGEMENT DE LA RESPONSABILITE DE L'ARBITRE EN DROIT FRANÇAIS

Chapitre 1 : Les conditions du droit commun devant être repensées

- Section 1 : La faute délictuelle de l'arbitre-juge
- Section 2 : Le manquement contractuel de l'arbitre-cocontractant

Chapitre 2 : Les conditions du droit commun pouvant être mobilisées

- Section 1 : Le dommage
- Section 2 : Le lien de causalité

PRINCIPALES ABREVIATIONS

AP	Arrêt de la Cour de cassation, Assemblée plénière
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation – Chambres civiles
Civ.	Arrêt de la Cour de cassation, Chambre civile
Civ. 1^e	Arrêt de la Cour de cassation, Première Chambre civile
Civ. 2^e	Arrêt de la Cour de cassation, Deuxième Chambre civile
Civ. 3^e	Arrêt de la Cour de cassation, Troisième Chambre civile
Ch. mixte.	Arrêt de la Cour de cassation, Chambre mixte
Com.	Arrêt de la Cour de cassation, Chambre commerciale
C. civ.	Code civil
Chron.	Chronique
D.	Recueil Dalloz - Sirey
DP	Dalloz périodique
GP	Gazette du Palais
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> – Au même endroit
<i>Id</i>	<i>id est</i> – C'est-à-dire
IR	Informations rapides
JCP G	Semaine juridique, édition générale
JCP E	Semaine juridique, édition entreprise
JCP N	Semaine juridique, édition notariale
<i>Loc. cit.</i>	<i>Loco citato</i> – Dans un article, page et paragraphe cités
<i>Op.cit.</i>	<i>Opere citato, Opus citatum</i> – Dans l'ouvrage cité
Req.	Arrêt de la Cour de cassation, Chambre des requêtes
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage
RDC	Revue des contrats
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
S.	Suivant
Somm.	Sommaires commentés
V°	Voir

INTRODUCTION

1. La question de la responsabilité civile de l'arbitre reste étonnamment étrangère aux préoccupations du législateur, et relativement récente au sein de la jurisprudence et des écrits doctrinaux. Pourtant, ni l'arbitrage, ni la responsabilité civile ne sont des créations particulièrement jeunes.

2. S'agissant de la responsabilité, il existerait des mécanismes qui en relèvent depuis les sociétés dites "primitives". Initialement, toutefois, la responsabilité civile était confondue avec la responsabilité pénale. Ce n'est qu'à partir du XVIIe siècle, sous l'empire du jurisconsulte Domat, qu'un principe général de responsabilité civile fut posé, sur lequel les rédacteurs du Code civil se sont fondés pour édicter les articles 1382 et 1383 du Code civil¹. Depuis lors, il existe un principe de responsabilité du fait personnel qui a pour objet d'obliger toute personne fautive à répondre des conséquences de son comportement. Ce principe, fondé sur la faute, met en avant la fonction première de la responsabilité, à savoir sa fonction répressive². Pour Messieurs Flour, Aubert et Savaux, cet aspect de la responsabilité reposerait sur « *le devoir moral de ne pas nuire à autrui* »³. Elle reposerait également sur un aspect « *utilitaire* ». Elle serait « *le meilleur instrument d'une politique de prévention des dommages : l'homme est incité à agir avec le maximum de diligence pour échapper à la charge de réparation* »⁴. A cette fonction répressive s'ajoute une fonction indemnitaire dont la place au sein des règles régissant la matière est allée grandissante. Ainsi, la mise en jeu de la responsabilité de l'auteur d'une faute aboutit à condamner cet auteur à indemniser la victime du dommage. Le préjudice aurait d'ailleurs acquis un rôle central⁵ en matière de responsabilité. Il est, aujourd'hui, devenu très naturel de considérer que tout dommage causé par un fait fautif doit être

¹ Pour une présentation en ce sens, v°P. JOURDAIN, *Les principes de responsabilité civile*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 10e édition, spé. p. 7-8. Ces articles sont devenus l'article 1240 et 1241 du Code civil depuis la renumérotation issue de l'ordonnance du 10 février 2016.

² L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, v° Responsabilité.

³ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 2. Le fait juridique*, Sirey, coll. Université, 16^e édition, 2014, spé. n°66. p.77.

⁴ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 2. Le fait juridique, op. cit.*, spé. n° 66. p. 78.

⁵ En ce sens, v° H. GALI, *Le préjudice moral, Etude de droit de la responsabilité*, Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2001, spé. n°1, p.2; Monsieur Pradel souligne qu'il est la « *pièce angulaire* » de la responsabilité civile (X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit de la responsabilité*, LGDJ, 2004, spé. n°1, p.1) tandis que pour Monsieur Cadiet, le dommage forme « *l'alpha et l'oméga de la responsabilité* » (L. CADIET, « Les métamorphoses du préjudice » in *Les métamorphoses de la responsabilité*, PUF, 1998, spé. p.37).

indemnisé par l'auteur de ladite faute. Plus qu'une idée naturelle, c'est même une exigence constitutionnelle, depuis que le Conseil constitutionnel a affirmé dans une décision du 22 octobre 1982⁶, que « *nul n'ayant le droit de nuire à autrui⁷, en principe tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* ». Il a, dans cette même décision, affirmé que, malgré l'existence de régimes dérogatoires, « *le droit français ne comporte, en aucune matière, de régime soustrayant à toute réparation les dommages résultant de fautes civiles imputables à des personnes physiques ou morales de droit privé, quelle que soit la gravité de ces fautes* ». Par là, le Conseil constitutionnel affirme l'interdiction d'écarter totalement la responsabilité du fait personnel ; autrement dit, toute forme d'immunité absolue doit être prohibée, comme contraire aux exigences constitutionnelles⁸. C'est dire à quel point le principe même de la responsabilité civile pour faute est ancré dans notre système.

3. L'arbitrage, quant à lui, « *se perdrait dans la nuit des temps* »⁹ sans que l'on puisse avec précision déterminer ses origines¹⁰. Après un essor évident au cours de l'ancien droit et de la période révolutionnaire¹¹, il a été freiné au XIXe siècle, au cours duquel le législateur, par une réglementation stricte¹², mais aussi la jurisprudence¹³, se sont montrés plutôt réfractaires à l'arbitrage¹⁴. C'est surtout dans le courant du XXe siècle que l'on a pris conscience que cette défaveur pour l'arbitrage était nuisible au développement du commerce international. La jurisprudence a alors évolué en abandonnant le principe de nullité de la clause compromissoire ; le législateur, de

⁶ Décision 82-144 DC du 22 octobre 1982, Loi relative au développement des institutions représentatives du personnel.

⁷ Ce principe repose que l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, aux termes duquel « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ».

⁸ En ce sens, v° C. RADE, « Liberté, égalité, responsabilité », *Cahiers du conseil constitutionnel* n°16, juin 2004, spéc. n°13 et s.

⁹ E. LOQUIN, *Encyclopédie JurisClasseur Procédure civile*, v° Fasc. 1010 : Arbitrage – Aperçu historique-Aperçu de droit comparé, 2013, spé. n°1.

¹⁰ C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, coll. Domat Droit privé, 2^e édition, 2013, spé. n°38 p. 53.

¹¹ C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, spé. n°39 et 40 p.54 et 55.

¹² Le Code de procédure civile de 1806 interdisait à toutes les personnes n'ayant pas la libre disposition de leurs droits de recourir à l'arbitrage.

¹³ En effet par une décision dite Prunier (Civ. 10 juillet 1843) la Cour de cassation avait, à en croire l'interprétation faite de cet arrêt par les auteurs, prononcé la nullité de principe de la clause compromissoire. Une telle solution, comme le précise Messieurs Seraglini et Ortscheidt (C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, 2^e édition, 2013, spé. n°41 p.55), étaient contraire au développement de l'arbitrage.

¹⁴ En ce sens, v° L. PIGNARRE, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, v° Convention d'arbitrage, 2013, spé. n°11.

manière peut-être plus sinueuse¹⁵, a suivi, en partie du moins. En effet, les décrets du 1^{er} octobre 1980¹⁶ et du 12 mai 1981¹⁷, qui avaient pour objectif de promouvoir l'arbitrage et d'en assurer la validité, traduisent une nette évolution en faveur de l'arbitrage. Pour autant, l'article 2061 du Code civil posait toujours un principe de nullité de la clause compromissoire, la validité étant l'exception¹⁸. Il a fallu attendre la loi du 15 mai 2001¹⁹ pour que la nullité de principe soit remplacée par une validité de principe, dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle²⁰. La possibilité de recourir à l'arbitrage a donc été plus largement ouverte à cette occasion. Dans cette lignée d'un accueil toujours plus favorable de l'arbitrage²¹, le décret du 13 janvier 2011 est venu renforcer la lisibilité et la clarté des dispositions du droit français de l'arbitrage, en ajoutant quelques dispositifs modernes. Synthétiquement, et en reprenant les mots de Messieurs Seraglini et Ortscheidt, par ce décret de 2011, « *le régime juridique de l'arbitrage interne s'en trouve grandement libéralisé, et le libéralisme qui marquait déjà le régime de l'arbitrage international s'en trouve accentué* »²². Cette approche favorable a conduit petit à petit à faire de l'arbitrage le mode de résolution de « droit commun » des litiges du commerce international²³.

¹⁵ Soulignant le caractère « chaotique » de l'évolution du droit de l'arbitrage au XX^e siècle, v° C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, spé. n°42 p.56.

¹⁶ Décret n°80-354 du 14 mai 1980.

¹⁷ Décret n°81-500 du 12 mai 1981.

¹⁸ Dans sa version en vigueur de 1972 à 2001, l'article 2061 du Code civil énonçait : « *La clause compromissoire est nulle s'il n'est disposé autrement par la loi* ».

¹⁹ Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

²⁰ Dans sa version en vigueur de 2001 à 2016, l'article 2061 du Code civil énonçait : « *Sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle* ».

²¹ Soulignant que l'essor de l'arbitrage s'est construit depuis son existence et non simplement ces quelques dernières décennies, v° T. CLAY, *L'arbitre*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001, spé. n°1, p.1.

²² C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, spé. n°43 p.59.

²³ En ce sens, v° T. E. CARBONNEAU, « Étude historique et comparée de l'arbitrage : vers un droit matériel de l'arbitrage commercial international fondé sur la motivation des sentences », *Revue internationale de droit comparé*, 1984, spé. p. 728-729. Accréditant cette idée, Monsieur Tercier va jusqu'à soutenir que l'arbitrage n'« *a jamais eu autant de succès* » que maintenant (P. TERCIER, « L'arbitrage : une alternative aux juridictions étatiques », *Journal de l'arbitrage de l'Université de Versailles*, n°1, janvier 2017, étude 1). Mesdames Beyneix et Lemmet, quant à elles, considèrent que le succès de l'arbitrage dans le commerce international est si grand que l'arbitrage ne serait plus un mode alternatif mais le mode normal de résolution des litiges (I. BEYNEIX, L-C LEMMET, « L'arbitrage international est-il encore véritablement un mode alternatif de règlement des différends », *RTD Com.*, 2012, spé. n°1). Comp. C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, spé. n°44 p.60, soulignant qu'on ne sait pas exactement le sens de cette formule qui ne se vérifie qu'en droit international.

4. Il reste cependant que l'attention du législateur, au fil de ses différentes interventions, ne s'est aucunement portée sur la question de la responsabilité de l'arbitre. En effet, le droit de l'arbitrage s'est surtout consacré à assurer la validité de la clause compromissoire, ou à en préserver l'effet. Il s'est aussi attelé à régir la force à donner à la sentence, la question de sa remise en cause, ou encore la manière d'assurer son efficacité²⁴. A ce sujet, Mesdames Beyneix et Lemmet considèrent que la Convention de New-York du 10 juin 1958 a eu pour effet de rendre plus facile l'exécution des sentences que celles des jugements²⁵. Dans sa version la plus récente, le Code de procédure civile, qui encadre le droit de l'arbitrage, lui consacre un livre entier²⁶, lequel est divisé en deux titres. Le premier est relatif à l'arbitrage interne²⁷ tandis que le second est dédié à l'arbitrage international²⁸. A l'intérieur de ces deux titres, aucun des chapitres n'est dédié à l'arbitre, ni à la responsabilité qu'il est susceptible d'engager.

Si le législateur est demeuré silencieux sur la question de la responsabilité de l'arbitre, la jurisprudence, quant à elle, a eu l'occasion de s'y pencher, mais relativement tardivement. La toute première décision de la Cour de cassation qui a trait à la responsabilité arbitrale semble remonter au 29 janvier 1960²⁹. Il a fallu ensuite attendre quelques années avant que de nouvelles affaires mettant en cause la responsabilité d'arbitres n'aboutissent devant les juridictions. Les années 1990, en particulier, ont donné lieu à une activité prétorienne plus soutenue sur la question de la responsabilité arbitrale. L'une des premières affaires datant de cette période est l'affaire *Bompard*, dans laquelle il était reproché aux arbitres une erreur grossière dans le calcul de prix de parts de société faisant l'objet d'une cession. Cette affaire, qui a donné lieu à un jugement du tribunal de grande instance de Paris rendu le 13 juin 1990³⁰ et à un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 22 mai 1991, a abouti à l'irrecevabilité de l'action en responsabilité, au motif que « *la faute alléguée qui se rattache directement au contenu de l'acte juridictionnel et constitue une critique de la valeur des motifs énoncés par la sentence, ne constitue pas la faute personnelle seule de nature à ouvrir droit à une action*

²⁴ C'est l'objet de la Convention de New-York du 10 juin 1958.

²⁵ I. BEYNEIX, L-C LEMMET, *op. cit.*, spé. n°11.

²⁶ Le livre IV du Code de procédure civile s'intitule « *L'arbitrage* ».

²⁷ Le titre Ier du livre IV du Code de procédure civile s'intitule « *L'arbitrage interne* ».

²⁸ Le titre II du livre IV du Code de procédure civile s'intitule « *L'arbitrage international* ».

²⁹ Civ. 2^e, 29 janvier 1960, *Rev. arb.* 1960. 121, *D.* 1960. 262. Dans cette décision, la Cour de cassation affirme que « *l'action en dommage-intérêts dirigée contre (les arbitres) à raison de l'accomplissement de leur mission ne peut l'être que dans les conditions du droit commun* ».

³⁰ TGI Paris, 13 juin 1990, *Bompard c/ C.*, *Gazette du palais.*, 1990, II, sommaire, p.417, *Rev. arb.*, 1996, p.476, note P. FOUCHARD.

en responsabilité contre les arbitres. Considérant que dès lors, le droit d'agir n'existait pas en la cause, l'action doit être déclarée irrecevable, le jugement étant réformé en ce sens »³¹. Ont suivi par la suite des affaires *L'oréal*³² et *Raoul Duval*³³.

C'est à peu près à la même période, au cours des années 1990, que la doctrine et la pratique ont commencé à s'intéresser au statut de l'arbitre et à sa responsabilité. La pratique a ainsi vu certains règlements d'arbitrage se doter de clauses concernant la responsabilité de l'arbitre, et plus spécifiquement de clauses protégeant l'arbitre par un principe d'immunité³⁴. La doctrine a également manifesté son intérêt pour cette question au cours de cette période. Après avoir longtemps concentré son attention sur l'arbitrage en tant qu'institution³⁵, elle a étudié plus précisément l'arbitre lui-même, son statut, et, en conséquence, sa responsabilité. Parmi les apports les plus significatifs, figure notamment³⁶ le célèbre article de Monsieur Fouchard intitulé « *Le statut de*

³¹ CA Paris, 22 mai 1991, n°90-18.079, spé. p.5.

³² TGI Paris, 9 décembre 1992, Société Annahold BV et D. Frydman c/ société L'Oréal et B, Rev. arb., 1996, p.483 ?

³³ CA Paris, 12 octobre 1995, Merkorla Sucden c/ société Raoul Duval, Rev. arb., 1999, p.324.

³⁴ P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, spé. n°1076 à 110, p.605 à 616.

³⁵ Pour une présentation en ce sens des études de la doctrine, v° P. FOUCHARD, « Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence », *Rev. arb.*, 1996, spé. n°2, p.326 ; dans le même sens, introduisant sa thèse sur « *L'arbitre* » Monsieur Clay souligne que si l'arbitrage a été excessivement étudié, tel n'est pas le cas de l'arbitre, T. CLAY, *L'arbitre, op. cit.*, spé. n°16, p.12.

³⁶ Pour d'autres écrits consacrés à la responsabilité arbitrale, v° P. THERY, « La responsabilité de l'arbitre », *RTD Civ.*, 2006, p.144 ; P.-Y. GAUTIER, « La responsabilité civile, au regard du temps qui passe », *D.*, 2006, p.274 ; E.LOQUIN, « La responsabilité des arbitres en cas de dépassement du délai de l'arbitrage », *RTD Com.*, 2006, p.299 ; T. CLAY, « Détermination de la responsabilité civile contractuelle de l'arbitre », *JCP G*, 2006, II, 10066 ; G. VINEY, « Les obligations et la responsabilité contractuelle de l'arbitre », *RDC*, 2006, p.812 ; D. MAINGUY, « Régime de la responsabilité de l'arbitre », *D.*, 2009, p.538 ; N. FERRIER, « Le risque de responsabilité de l'arbitre et son assurance en droit interne », *Revue générale du droit des assurances*, 2012, p.205 ; L. AYNES, « Précisions sur la responsabilité de l'arbitre ? », *Les cahiers de l'arbitrage*, 2014, p.299 ; X. DELPECH, « Responsabilité de l'arbitre : un régime original », *Dalloz actualité*, 23 janvier 2014 ; E. LOQUIN, « La dualité du régime de la responsabilité de l'arbitre », *JCP G*, 2014, doct. 255 ; P. CHEVALIER, « Régime juridique et étendue de la responsabilité civile de l'arbitre : extraits des conclusions orales de l'avocat général », *JCP G*, 2014, p.231 ; L. WEILLER, « Le statut de l'arbitre : entre immunité et responsabilité », *Revue Procédure*, 2014, comm. 72 ; M. HENRY, « La responsabilité de l'arbitre pour reddition de sentence tardive », *Les cahiers de l'arbitrage*, 2015 ; E. LOQUIN, « La responsabilité des arbitres pour dépassement du délai de l'arbitrage », *RTD Com.*, 2016, p.76 ; LE CLUB DES JURISTES, *La responsabilité de l'arbitre : rapport du club des juristes*, Le club des juristes, 2017 ; J.-Y. GARAUD, G. de RANCOURT, note sous Tribunal de grande instance de Paris, 22 mai 2017, *Rev. arb.*, 2017, spé. p. 1000-1001 ; P. STOFFEL-MUNCK, « La responsabilité de l'arbitre », *Rev. arb.*, 2017, spé. n°5, p.1125 ; P. CASSON, « La responsabilité civile délictuelle de l'arbitre qui ne l'était pas », *JCP G*, 2018, p.733 ; D. BENSUAUDE, « Respect de la contradiction : responsabilité de l'arbitre et/ou du centre d'arbitrage », *Gazette du palais.*, 2019, p.25 ; L. JANDARD, « Régime de la responsabilité de l'arbitre : entre cohérence et incertitudes », *Dalloz actualité*, 17 juillet 2019 ; E. JUEN, « Nouveau regard sur la dualité du régime de la responsabilité de l'arbitre », in *Droit sans frontières, Mélanges en l'honneur d'Eric Loquin*, LexisNexis, 2019, p. 653.

l'arbitre »³⁷ publié à la Revue de l'arbitrage en 1996, dans lequel l'auteur consacre un peu moins d'une dizaine de pages à l'étude de la responsabilité de l'arbitre. Monsieur Clay s'est, lui aussi, intéressé à l'arbitre puisqu'il lui a consacré sa thèse de doctorat intitulée « *L'arbitre* » publiée en 2000³⁸.

Malgré le développement de cette thématique, le législateur français est resté silencieux sur cette question, à l'inverse d'autres, tel le législateur anglais qui, dès 1996, a intégré dans son *Arbitration act* une disposition prévoyant l'immunité de l'arbitre³⁹.

5. Pourquoi ce silence du législateur et cet intérêt tardif de la doctrine, de la pratique et de la jurisprudence ? Plusieurs facteurs pourraient l'expliquer.

D'abord, l'arbitre exerce une mission juridictionnelle qui le conduit à se comporter en tant que juge. Or, les juges ne sont pas de ceux dont on a l'habitude d'engager la responsabilité. Ils exercent leur mission sous l'égide de l'Etat, au sein duquel ils contribuent à assurer le service public de la justice. C'est donc l'Etat qui répond de leur éventuelle faute. Ainsi, un justiciable mécontent du comportement de son juge dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle⁴⁰ ne va pas l'actionner personnellement en responsabilité, mais agira contre l'Etat⁴¹. L'assimilation, fréquente, entre le juge et l'arbitre explique peut-être que l'idée même d'engager la responsabilité personnelle d'un arbitre soit longtemps restée étrangère aux préoccupations des litigants, donc que la jurisprudence n'en ait pas été saisie.

Ensuite, le fait même d'interroger la responsabilité de l'arbitre pourrait apparaître en contradiction avec le mouvement de faveur pour l'arbitrage qui s'est instauré au cours du XXe siècle. A l'issue de cette évolution, l'arbitrage occupe

³⁷ P. FOUCHARD, « Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence », *op. cit.*, p.325 et s.. Pour les pages dédiées à la responsabilité de l'arbitre, v° p. 357 à 365.

³⁸ T. CLAY, *L'arbitre*, *op. cit.*. Pour les pages dédiées à la responsabilité de l'arbitre, v° p. 703 à 720.

³⁹ Arbitration act 1996, chapter 23, An Act to restate and improve the law relating to arbitration pursuant to an arbitration agreement; to make other provision relating to arbitration and arbitration awards; and for connected purposes.

⁴⁰ Un litigant pourrait engager la responsabilité civile d'un magistrat mais uniquement pour un acte détachable de ses fonctions, conformément aux dispositions de l'article 11-1, alinéa 2 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

⁴¹ L'article L141-1, alinéa 1er, du Code de l'organisation judiciaire est clair : « *L'Etat est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service public de la justice* ». Encore plus explicitement, l'article 11-1, alinéa 2 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature énonce : « *La responsabilité des magistrats qui ont commis une faute personnelle se rattachant au service public de la justice ne peut être engagée que sur l'action récursoire de l'Etat* ». Ces dispositions ont pour objet de garantir l'indépendance des magistrats en les préservant de toute action directe (en ce sens, v° L. BELFANTI, *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, v° Magistrat, 2018, spé. n°859) puisque seul l'Etat peut engager leur responsabilité.

aujourd'hui une place majeure au sein des modes de règlements des litiges, notamment s'agissant des enjeux du commerce international. Cette place est une preuve du succès de l'arbitrage. En effet, si l'arbitrage est devenu le mode naturel de règlement des litiges, c'est qu'il a été préféré à la justice étatique, parce qu'il présenterait des qualités dont serait dépourvue la justice étatique⁴² : la justice arbitrale serait mieux rendue que la justice étatique. Cela tiendrait notamment⁴³ à la neutralité de l'arbitre⁴⁴ qui ne serait, à l'inverse des juges étatiques, rattaché à aucun for, ainsi qu'au fait que l'arbitre est un juge choisi, là où le juge étatique ne l'est pas⁴⁵. Le choix de l'arbitre serait alors guidé par des compétences juridiques ou techniques particulières⁴⁶. Or, envisager que l'arbitre puisse engager sa responsabilité civile à raison d'une faute commise dans l'exercice de ses fonctions, n'est-ce pas remettre en question, voire menacer, la supériorité que la justice arbitrale aurait acquise sur la justice étatique ? N'est-ce pas douter de la qualité de l'arbitre, donc de la justice arbitrale elle-même ? Une législation qui envisagerait la question de la responsabilité de l'arbitre ne serait-elle pas perçue comme méfiante, voire défavorable, à l'égard de l'arbitrage ? C'est, peut-être, l'un des facteurs qui expliquent le silence du législateur.

Enfin, le risque, pour un arbitre, de voir sa responsabilité civile engagée à l'occasion de l'exercice de sa mission pourrait avoir un effet contre-productif : au lieu d'inciter l'arbitre à répondre à un certain degré d'exigence⁴⁷, ce risque pourrait avoir un effet tétanisant sur l'arbitre qui s'apprête à trancher un litige. Comment l'arbitre peut-il administrer sereinement la justice s'il craint que l'une des parties, qui n'aura pas obtenu gain de cause, mette en jeu sa responsabilité personnelle ? De ce point de vue, la philosophie même du droit de la responsabilité civile, dont l'aspect indemnitaire tend à prendre le dessus sur son aspect répressif⁴⁸, n'est-elle pas contraire aux intérêts de l'arbitrage ? Comment appréhender la responsabilité de l'arbitre sans menacer la

⁴² Soulignant que cette présentation est parfois constitutive d'une vision un peu idéalisée de l'arbitrage (en ce sens, C. SERAGLINI, J. ORTSCHEIDT, *op. cit.*, spé. n°44 p.60).

⁴³ Des différences d'ordre administratif sont aussi avancées : l'administration de la justice arbitrale serait meilleure que celle de la justice étatique, de par sa rapidité et sa souplesse. Sa confidentialité est aussi souvent avancée comme un atout qui fait sa supériorité, malgré un coût plus important qui représenterait son inconvénient majeur.

⁴⁴ En ce sens, v° C. SERAGLINI, J. ORTSCHEIDT, *op. cit.*, spé. n°50 p.68; Y. DERAÏNS, « Le professionnalisme des arbitres », *Cahiers de droit des entreprises*, juillet 2012, dossier 19.

⁴⁵ En ce sens, v° C. SERAGLINI, J. ORTSCHEIDT, *op. cit.*, spé. n°50 p. 68.

⁴⁶ En ce sens, v° C. SERAGLINI, J. ORTSCHEIDT, *op. cit.*, spé. n°50 p.68.

⁴⁷ Cela relève de la fonction comminatoire de la responsabilité, qui a pour objet de faire pression sur celui qui est destinataire de la règle afin qu'il agisse comme il se doit.

⁴⁸ En ce sens, v° H. GALI, *Le préjudice moral, Etude de droit de la responsabilité*, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001, spé. n° 1, p. 2.

pratique arbitrale elle-même ? Le plus simple était peut-être de ne pas l'appréhender, pour préserver l'arbitrage et favoriser son essor.

6. On le voit, différentes circonstances pourraient être avancées pour expliquer le désintérêt du législateur pour la question de la responsabilité arbitrale. À certains égards, la question de la responsabilité de l'arbitre peut faire peur, parce qu'elle suppose de juger le comportement de l'arbitre, de le mettre en doute, jusqu'à, possiblement, le désavouer. Pourtant, ces craintes ne suffisent pas à convaincre de la légitimité du désintérêt pour la responsabilité arbitrale. Au contraire, elles peuvent se voir opposer des contre-arguments qui, précisément, démontrent l'impérieuse nécessité d'approfondir l'étude de la responsabilité de l'arbitre.

En premier lieu, pour revenir sur le parallèle entre le juge et l'arbitre, il convient de ne pas perdre de vue que l'arbitre n'est pas seulement un juge. Il est à la fois juge et contractant, parce que c'est un contrat souscrit avec les parties, le contrat d'arbitre, qui l'investit de la mission de trancher un litige⁴⁹. Or, s'il est peu commun d'engager la

⁴⁹ Certains auteurs contestent la nature contractuelle de la relation entre les arbitres et les litigants et préfèrent la rattacher à un « statut » légal (en ce sens, v° P. MAYER, « Le mythe du contrat d'arbitre », in *Mélanges en l'honneur du professeur Bertrand Ancel*, Iprolex- LGDJ, 2018, p.1181 et s. ; L. JANDARD, *La relation entre l'arbitre et les parties, Critique du contrat d'arbitre*, Thèse dactylographiée, 2018 ; M. MUSTILL, S. BOYD, *Commercial Arbitration*, 2nd ed., Butterworths, 1989, spé. p.220). Pour Madame Jandard, le lien entre les parties et les arbitres découlerait du droit de l'arbitrage qui s'appliquerait du fait de la convention d'arbitrage. Ni l'acceptation ou non par l'arbitre de sa mission, ni sa désignation ne constitueraient des éléments permettant de déduire l'existence d'un contrat ; la désignation de l'arbitre serait le fruit « le plus souvent de la volonté d'une seule partie ou, à défaut, d'une décision administrative ou judiciaire » (L. JANDARD, *La relation entre l'arbitre et les parties, Critique du contrat d'arbitre, op. cit.*, spé. n°220, p.247). Pour Monsieur Mayer, c'est uniquement lorsque l'arbitre est désigné judiciairement, par une institution arbitrale ou par un seul litigant, que l'existence d'un contrat d'arbitre serait contestable (P. MAYER, « Le mythe du contrat d'arbitre », *op. cit.*, spé. n°12, p.1194). Autrement dit, pour les auteurs qui remettent en cause de l'existence d'un contrat, c'est le mode de désignation de l'arbitre qui empêcherait la formation d'un tel contrat. Or, comme le souligne Monsieur Seraglini (C. SERAGLINI, « Le juge du contrat d'arbitre : aspects de droit international privé », in *Droit sans frontières, Mélanges en l'honneur d'Eric Loquin*, LexisNexis, 2018, spé. p.326), les arbitres donnent leur consentement pour exercer leur mission, peu important la manière dont ils sont désignés. Les litigants aussi consentent à ce que les arbitres exercent leur mission, soit expressément, par la signature d'un acte ou lettre de mission, soit implicitement, en ne contestant pas la désignation des arbitres et en poursuivant l'instance arbitrale. Il y a donc bien consentement, ce qui est déterminant de l'existence d'un contrat. La méthode de désignation de l'arbitre ne saurait à elle seule contredire ces consentements donnés et ainsi déterminer l'existence, ou non, d'un lien contractuel entre les litigants et les arbitres. D'ailleurs, même les détracteurs du contrat d'arbitre reconnaissent parfois l'existence d'un lien contractuel entre les litigants et les arbitres. Ainsi, Monsieur Mayer considère qu'il y a un contrat entre les litigants et les arbitres chaque fois que la désignation des arbitres résulte de l'ensemble des litigants (P. MAYER, « Le mythe du contrat d'arbitre », *op. cit.*, spé. n°34, p.1194), tandis que Madame Jandard considère que l'obligation de paiement des honoraires des arbitres prend sa source dans la convention d'arbitrage et parfois dans un autre contrat « par lequel les parties se sont engagées à verser des honoraires à l'arbitre » (L. JANDARD, *La relation entre l'arbitre et les parties, Critique du contrat d'arbitre, op. cit.*, spé. n°415, p.437). Pour la Cour de cassation cet engagement n'est autre que le contrat d'arbitre (en ce sens, v° Civ. 1^e, 1^{er} février 2017, n°15-25.687, *Bull I*,

responsabilité civile d'un juge, il est beaucoup plus fréquent, voire naturel, d'engager la responsabilité civile d'un contractant qui manque à ses obligations contractuelles. Cette double dimension de l'arbitre, à la fois juge et contractant, empêche d'assimiler totalement l'arbitre et le juge sur les questions de responsabilité.

En deuxième lieu, sur la question de la méfiance à l'égard de l'arbitrage, on ne peut que constater une évidence : l'arbitrage traverse aujourd'hui une « *crise de réputation* »⁵⁰ qui ne doit rien à la question de la responsabilité arbitrale. La matière fait face à une perte de confiance, de la part tant des acteurs de l'arbitrage⁵¹ que de ses observateurs⁵², voire de la part des juges⁵³. Selon le club des juristes, les contentieux liés aux arbitrages comme les actions en nullité de la sentence auraient tendance à se multiplier, démontrant que ceux qui se soumettent à l'arbitrage y adhèrent moins qu'avant, peut-être parce qu'ils doutent, plus qu'avant, de la qualité des sentences et par conséquent de la qualité des arbitres⁵⁴. Dans ce contexte, l'étude de la responsabilité de l'arbitre peut apparaître, non pas comme une réflexion qui alimente la méfiance à l'égard de l'arbitrage, mais plutôt comme un élément de réponse, de nature à restaurer

n°31). La contestation d'un lien contractuel entre les parties et les arbitres n'est donc pas toujours solide. En outre, elle passe sous silence certains aspects de la relation entre l'arbitre et les parties. Par exemple, le « statut » légal découlant du droit de l'arbitrage ne couvre pas l'ensemble des obligations de l'arbitre, ce qui oblige à reconnaître qu'un contrat doit nécessairement être formé pour ces éléments. En effet, certains termes de la relation arbitres-litigants dépendent directement des prévisions des parties : rémunération, durée de la mission de l'arbitre (en ce sens, v° C. SERAGLINI, « Le juge du contrat d'arbitre : aspects de droit international privé », *op. cit.*, spé. p.325)... Ces aspects rendent nécessaire la formation d'un contrat (en ce sens, v° C. SERAGLINI, « Le juge du contrat d'arbitre : aspects de droit international privé », *op. cit.*, spé. p.325). L'ensemble de ces arguments explique que la position doctrinale minoritaire contestant le lien contractuel entre l'arbitre et les parties n'ait pas encore convaincu la jurisprudence. En l'état du droit positif, il doit être considéré que l'arbitre est lié aux parties par un contrat.

⁵⁰ LE CLUB DES JURISTES, *La responsabilité de l'arbitre : rapport du club des juristes*, Le club des juristes, 2017, spé. p 13.

⁵¹ Le club des juristes relève qu'il suffit, pour se convaincre de la réalité de cette crise de confiance, de constater les débats et les nombreuses critiques qui ont été formulées sur la place de l'arbitrage dans les projets de traités de libre-échange négociés par l'Union européenne (LE CLUB DES JURISTES, *La responsabilité de l'arbitre : rapport du club des juristes*, Le club des juristes, 2017, spé. p.14).

⁵² En devenant le mode de résolution de « droit commun » des litiges du commerce international, l'arbitrage est sorti de la seule connaissance des spécialistes pour s'ouvrir à l'opinion publique. A ce sujet, l'affaire *Tapie* a montré au plus grand nombre que ce mode de justice pouvait poser des difficultés, notamment à raison du manque d'indépendance dont peuvent faire preuve certains arbitres.

⁵³ La jurisprudence *Achmea* en témoigne (CJUE, 6 mars 2018, aff C-284/16). Dans cette décision, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé que les clauses d'arbitrage investisseur-Etat insérées dans un Traité bilatéral d'investissement entre Etats membres de l'Union européenne était incompatible avec le droit de l'Union Européenne. Commentant cette décision, Monsieur Boubobza a souligné que, par cette décision, le juge de l'Union européenne a fait preuve « *d'une véritable méfiance envers l'arbitrage d'investissement au premier chef, mais aussi quoique de manière moins directe envers l'arbitrage commercial* » (en ce sens, v° X. BOUCOBZA, « Variations sur *Achmea*, Le droit de l'arbitrage à l'épreuve du droit européen », *Les cahiers de l'arbitrage*, 2019, spé. p.21).

⁵⁴ En ce sens, v° LE CLUB DES JURISTES, *La responsabilité de l'arbitre : rapport du club des juristes*, Le club des juristes, 2017, spé. p. 13.

la confiance dans cette institution. On le sait, suivant un adage fameux, « *Tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage* »⁵⁵. C'est dire que la qualité de l'arbitrage repose sur la qualité des personnes en charge de la fonction arbitrale, donc des arbitres⁵⁶. Or, soumettre l'arbitre à un régime de responsabilité permet d'assurer que le niveau d'exigence qui s'impose à lui est à la hauteur de son importance et du poids des litiges qu'il a à connaître. Comme cela a été souligné, la responsabilité a « *une fonction de régulation des comportements individuels* »⁵⁷. Elle peut assurer un haut degré d'exigence. C'est notamment dans cette logique que s'inscrit Monsieur Stoffel-Munck lorsqu'il estime que « *le succès de l'arbitrage invite au renforcement de la responsabilité des arbitres* »⁵⁸. Du reste, la nécessité de pouvoir mettre en jeu la responsabilité de l'arbitre s'impose d'autant plus dans la justice arbitrale, au regard de ses particularités. D'une part, l'arbitre est rémunéré par les parties, ce qui justifie qu'il réponde, à leur égard, de son comportement⁵⁹. D'autre part, les sentences qu'il rend sont insusceptibles d'appel⁶⁰ ; dès lors que la décision rendue ne peut pas être corrigée, celui qui la rend doit être des plus scrupuleux et des plus appliqués. La responsabilité fondée sur la faute peut garantir ce respect. Elle serait alors un gage de qualité de l'arbitrage, par les exigences qu'elle implique. A cet égard, le système français a tout intérêt à se doter d'une législation, ou du moins d'un régime de responsabilité arbitrale, qui soit à la fois clair et prévisible. Le succès économique de Paris comme place d'arbitrage ne sera que renforcé par une responsabilité de l'arbitre qui, apportant une prévisibilité juridique, donne envie tant aux parties qu'aux arbitres de faire confiance au droit français de l'arbitrage. Pour cela,

⁵⁵ Selon Monsieur Clay, cette règle est « *une règle d'or de l'arbitrage* » (T. CLAY, *L'arbitre, op. cit.*, spé. n°15, p.10).

⁵⁶ L'arbitre est le juge de la justice arbitrale. Toutefois, son importance dans l'arbitrage est encore plus cruciale que celle du juge dans la justice étatique. En effet, le juge est un maillon du système de la justice étatique, tandis que l'arbitre est le maillon de la justice arbitrale, en ce sens v° T. CLAY, *L'arbitre, op. cit.*, spé. n°16, p. 12. Monsieur Tercier souligne pour sa part que le rôle de l'arbitre dans l'arbitrage « *est infiniment plus importante que pour les juges, car les possibilités de demander la correction des erreurs commises par les arbitres en recourant contre leur sentence sont extrêmement limitées. A la différence des juges, l'arbitre est seul, maître et roi* » (P. TERCIER, « L'arbitrage : une alternative aux juridictions étatiques », *op. cit.*, n°1, janvier 2017, étude 1).

⁵⁷ LE CLUB DES JURISTES, *op. cit.*, spé. p. 14.

⁵⁸ P. STOFFEL-MUNCK, « La responsabilité de l'arbitre », *op. cit.*, spé. n°5, p.1125.

⁵⁹ Justifiant que la responsabilité de l'arbitre soit étudiée du fait du caractère onéreux de son intervention, v° P. STOFFEL-MUNCK, « La responsabilité de l'arbitre », *op. cit.*, spé. n°5, p.1125. On pourrait évidemment souligner que le juge est lui aussi rémunéré, mais il ne l'est pas par les parties et les sommes qui lui sont versées sont sans commune mesure avec celles que peuvent percevoir certains arbitres dans certaines affaires.

⁶⁰ Suivant le droit français de l'arbitrage international, la sentence ne peut être remise en cause que par la voie de la nullité (article 1518 CPC). Cela implique que l'appel réformation est impossible. De manière encore plus explicite, s'agissant de l'arbitrage interne, l'appel réformation est exclu par principe (article 1489 CPC).

le régime doit être équilibré : il doit apporter un gage de haute exigence sans pour autant faciliter de manière disproportionnée l'engagement de la responsabilité de l'arbitre, sous peine d'inciter les arbitres à fuir l'application du droit français.

En troisième et dernier lieu, précisément, sur la crainte que le risque d'une responsabilité arbitrale ne nuise à la pratique arbitrale en tétanisant les arbitres, il convient de faire preuve de mesure. Régir la responsabilité de l'arbitre ne revient pas nécessairement à faciliter sa mise en jeu. Au vrai, si le droit de la responsabilité civile connaît de nombreuses règles favorables à l'indemnisation des victimes, il comporte aussi un arsenal de mécanismes qui permettent de circonscrire la responsabilité de l'auteur d'une faute. Il se peut, par exemple, que le seuil de gravité de la faute génératrice de responsabilité soit élevé, de façon à éviter que toute faute simple soit de nature à engager la responsabilité de son auteur⁶¹. En jouant sur ce curseur de la faute simple à la faute qualifiée, il est possible d'éviter que tous les comportements soient source de responsabilité, pour ne cibler que les plus graves. Dans la même logique, la définition du lien de causalité peut conduire à élargir ou à restreindre le champ des responsables, selon que l'on retient tous les comportements ayant contribué à la survenance du dommage⁶², ou celui seul qui apparaît comme ayant été déterminant dans la réalisation du dommage⁶³. En outre, et en s'inscrivant dans le même objectif, le droit de la responsabilité civile autorise, dans une certaine mesure, la limitation conventionnelle de la réparation à travers les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité, et prévoit par ailleurs des causes d'exonération permettant à l'auteur d'un fait dommageable d'échapper à l'engagement de sa responsabilité. Il ressort de tout cela que la mise en jeu de la responsabilité de l'arbitre ne sera pas forcément aisée ; tout dépendra, en réalité, de la façon dont a été conçu le régime de sa responsabilité. Au regard des enjeux économiques qui irriguent la matière arbitrale, et de la nécessité de préserver l'attractivité du droit français de l'arbitrage, il sera souhaitable de trouver un

⁶¹ Tel est par exemple le cas en matière sportive, où seule la faute caractérisée par la violation des règles du jeu est de nature à engager la responsabilité civile de l'auteur d'un tel manquement (pour des illustrations, v° Civ. 2^e, 14 avril 2016, n°15-16.938 ; Civ. 2^e, 20 novembre 2014, n°13-23.759 ; Civ. 2^e, 16 septembre 2010, n°09-16.843). De même, pour engager la responsabilité du président d'une association, la faute exigée est une faute personnelle détachable des fonctions (Civ. 2^e, 10 mars 1988, n°86-16.929). De même encore, la responsabilité civile d'un préposé ne peut être recherchée que s'il est démontré qu'il a commis une faute pénale intentionnelle (Civ. 1^e, 27 novembre 2019, n°18-21.191), une faute civile intentionnelle (Civ. 2^e, 21 février 2008, n°06-21.182), ou s'il a dépassé les limites de sa mission (Civ. 3^e, 11 juillet 2019, n°18-17.136).

⁶² C'est ce qu'implique la théorie dite de l'équivalence des conditions.

⁶³ C'est ce qu'implique la théorie dite de la causalité adéquate.

juste milieu entre la possibilité de rendre l'arbitre comptable de son comportement et la protection de sa fonction si particulière qui consiste à trancher un litige. Toute la question sera alors de savoir comment parvenir à cet équilibre.

7. Toutefois, avant de s'interroger sur la façon d'atteindre un tel équilibre, encore faut-il s'entendre sur le champ précis de l'investigation. Que recouvre la question de la responsabilité arbitrale ? Quelle(s) responsabilité(s) ? Quel(s) responsable(s) ? Quelle(s) victime(s) ? Les réponses à ces interrogations seront toutes guidées par une même logique : il s'agira de centrer l'étude de la responsabilité arbitrale autour des questions qui interrogent la spécificité de l'activité arbitrale. L'arbitrage est une institution particulière en ce qu'elle repose sur l'investiture contractuelle d'une personne privée chargée de trancher le litige qui oppose deux parties. C'est précisément cet exercice, par un contractant, d'une fonction juridictionnelle, qui interroge. La responsabilité liée à l'activité arbitrale sera donc étudiée dans la mesure où des dommages pourraient être causés par le fait même de trancher un litige. Cette approche permettra de délimiter à la fois les responsabilités, les responsables et les victimes concernés par notre étude.

8. D'abord, s'agissant du type de responsabilité concerné, il en existe trois grandes familles : la responsabilité administrative, la responsabilité pénale et la responsabilité civile. La responsabilité administrative ne serait pas, à proprement parler, celle de l'arbitre lui-même, mais celle de l'administration au nom de laquelle il agirait. Ce mécanisme, qui est adapté à la justice judiciaire, n'a, en revanche, aucune pertinence en matière de justice arbitrale. En effet, si le juge engage, dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle, la responsabilité de l'Etat, c'est parce qu'il agit au nom de l'Etat : c'est, en réalité, l'Etat qui rend la justice, à travers le magistrat. Les décisions de justice sont d'ailleurs toujours rendues au nom de la République française. A l'inverse, en matière d'arbitrage, la sentence est toujours rendue par l'arbitre en son propre nom. La justice arbitrale est une justice privée, et non une branche de la justice judiciaire. Elle n'est pas une composante du service public de la justice. Elle n'est pas la chose de l'Etat. En aucun cas, l'activité juridictionnelle de l'arbitre ne peut donc conduire à engager la responsabilité de l'Etat. C'est d'ailleurs ce que la jurisprudence a eu l'occasion de préciser, en retenant très explicitement que « *n'étant investi d'aucune fonction publique,*

un arbitre ne peut en aucun cas voir ses fautes personnelles garanties par l'État dans les termes de l'article L.781-1 du code de l'organisation judiciaire⁶⁴ ou de l'article 505 de l'ancien code de procédure civile qui ne demeure applicable qu'aux seules juridictions d'attribution non professionnelles »⁶⁵. La notion même de responsabilité administrative n'a donc pas lieu d'être en matière de justice arbitrale.

La responsabilité pénale, quant à elle, n'est pas étrangère à l'activité de l'arbitre. Ainsi, l'arbitre pourrait tout à fait se voir reprocher des infractions commises dans l'exercice de ses fonctions, tel le faux et usage de faux, l'escroquerie, la corruption ou le trafic d'influence passifs ou encore la violation du secret⁶⁶. Toutefois, dans ces hypothèses, la matière arbitrale ne présente aucune spécificité au regard de l'application du droit pénal. La particularité de l'institution arbitrale n'impacte aucunement la caractérisation des infractions pénales que l'arbitre peut être susceptible de commettre. Autrement dit, si l'arbitre adopte un comportement susceptible d'engager sa responsabilité pénale, il sera appréhendé de la même façon que n'importe quel justiciable : le fait que son comportement s'inscrive dans l'exercice d'une fonction juridictionnelle n'aura aucune incidence sur la mise en jeu de sa responsabilité. C'est la raison pour laquelle la responsabilité pénale de l'arbitre ne nous paraît pas mériter une étude particulière, dès lors qu'elle ne présente pas de spécificités par rapport à la responsabilité pénale de n'importe quel justiciable.

Ces considérations nous conduiront donc à limiter le champ de notre étude de la responsabilité arbitrale à la seule responsabilité civile attachée à l'exercice de la fonction arbitrale.

9. Ensuite, dans ce cadre, il convient de préciser à quel(s) responsable(s) et à quelle(s) victime(s) nous allons nous intéresser. En matière arbitrale, plusieurs liens sont susceptibles de se tisser entre différents protagonistes. Outre les liens que le contrat d'arbitre noue entre les parties à l'arbitrage et l'arbitre lui-même, peut notamment intervenir une institution arbitrale, dans les arbitrages institutionnels. Il

⁶⁴ L'article L. 781-1 du Code de l'organisation judiciaire, devenu l'article L. 141-1 du même Code, rend l'Etat responsable du dommage causé par le fonctionnement défectueux du service public de la justice.

⁶⁵ Paris, 12 octobre 1995, *Raoul Duval, Rev. arb.*, 1999, p.324. Cette décision se présente comme une réaffirmation d'une position qui avait déjà été prise par la Cour de cassation, selon laquelle la responsabilité de l'arbitre ne répond pas aux mêmes règles que la responsabilité des juges publics (Civ. 2^e, 29 janvier 1960, *Rev. Arb.* 1960, p.121 ; *D.*, 1960, p.262).

⁶⁶ En ce sens, v^o *Le club des juristes, op. cit.*, spé. p.42 à 47.

existera alors des liens supplémentaires entre l'arbitre et l'institution arbitrale, d'une part, et entre les parties et l'institution arbitrale, d'autre part. De plus, lorsque les parties choisiront de recourir à un tribunal arbitral collégial, plusieurs arbitres seront désignés en tant que membres du tribunal, ce qui multipliera d'autant les protagonistes, donc les relations interpersonnelles et, en conséquence, les potentiels responsables et potentielles victimes.

S'agissant des responsables, seuls seront envisagés les arbitres, à l'exclusion de l'institution arbitrale. Ce choix tient à ce que seuls les arbitres sont investis de la mission de trancher le litige qui oppose les parties. L'institution arbitrale, quant à elle, intervient à deux titres, dont aucun n'implique de fonction juridictionnelle. Vis-à-vis des parties, l'institution s'engage à organiser l'arbitrage⁶⁷ afin d'en assurer l'efficacité⁶⁸. Pour cela, les institutions édictent un règlement d'arbitrage qui précise comment l'instance arbitrale sera menée jusqu'à son terme⁶⁹. Si les parties décident de placer leur arbitrage sous l'égide de l'une de ses institutions arbitrales, elles le font par le truchement d'un contrat d'organisation de l'arbitrage. Dans le cadre de cette mission, que les parties confient à l'institution arbitrale, cette dernière n'exercera aucune fonction juridictionnelle. Telle est la position de la Cour de cassation, qui a pu énoncer avec fermeté que le centre d'arbitrage n'était tenu d'aucune fonction juridictionnelle⁷⁰. Vis-à-vis des arbitres, l'institution arbitrale n'exerce pas davantage de fonction juridictionnelle puisqu'elle se contente de s'engager à « *permettre à l'arbitre de remplir la mission pour laquelle il a été désigné* »⁷¹. Le contrat de collaboration arbitrale qui se noue entre l'arbitre et l'institution arbitrale ne présente donc aucune spécificité, dans la

⁶⁷ En ce sens, l'article 1450, alinéa 2, du Code de procédure civile énonce : « *Si la convention d'arbitrage désigne une personne morale, celle-ci ne dispose que du pouvoir d'organiser l'arbitrage* ». Reprenant ce rôle d'organisation, le règlement d'arbitrage de la CCI énonce en son article 1.2 « *La Cour ne résout pas elle-même les différends. Elle en administre la résolution par les tribunaux arbitraux, conformément au Règlement d'arbitrage de la CCI (le « Règlement »). La Cour est le seul organisme autorisé à administrer les arbitrages soumis au Règlement, et notamment à examiner et approuver les sentences rendues conformément au Règlement. Elle établit son règlement intérieur, qui figure à l'Appendice II (le « Règlement intérieur »)* ».

⁶⁸ En ce sens, la Cour de cassation a pu juger que « *la Cour internationale d'arbitrage dont M. Z... a été le secrétaire général exerce seulement des fonctions d'organisation de l'arbitrage, n'a aucun pouvoir juridictionnel et n'intervient pas dans la mission juridictionnelle des arbitres, de sorte que l'impartialité de M. Z... ne peut être légitimement suspectée [...]* » (Civ. 1^e, 11 mars 2009, n°08-12.149, Bull I, n°48).

⁶⁹ En ce sens, v°, pour n'en citer que quelques uns : le règlement d'arbitrage de la CCI adopté le 6 octobre 2020 ou bien le règlement d'arbitrage du CMAP ou celui de l'Association américaine d'arbitrage.

⁷⁰ La Cour de cassation a jugé : « *la Cour internationale d'arbitrage dont M. Z... a été le secrétaire général exerce seulement des fonctions d'organisation de l'arbitrage, n'a aucun pouvoir juridictionnel et n'intervient pas dans la mission juridictionnelle des arbitres, de sorte que l'impartialité de M. Z... ne peut être légitimement suspectée* » (Civ. 1^e, 11 mars 2009, n°08-12.149, Bull I, n°48).

⁷¹ C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, spé. n°291, p.315.

mesure où elle ne comporte pas d'obligation, pour l'une ou l'autre des parties à ce contrat, de trancher un litige. D'ailleurs, ce n'est jamais dans le cadre de ce rapport contractuel que l'arbitre va être institué dans sa fonction juridictionnelle, puisque seules les parties peuvent investir conventionnellement une personne d'une telle mission. Du reste, même quand le centre d'arbitrage participe à la nomination de l'arbitre, il ne le fait qu'en tant que mandataire des parties. En conséquence, la responsabilité que l'institution arbitrale est susceptible d'engager, que ce soit à l'égard des parties ou des arbitres, ne présentera aucune spécificité liée à la fonction juridictionnelle. Elle reposera, tout simplement, sur les principes de la responsabilité contractuelle. Cela justifie que l'on ne s'y attache pas davantage, et que l'on concentre donc notre étude sur la responsabilité que les arbitres sont susceptibles d'engager.

S'agissant enfin des victimes, l'étude se concentrera principalement sur les parties à l'arbitrage, parce qu'elles seront celles qui subiront le plus directement un dommage à raison du comportement de l'arbitre dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle. Les tiers à l'arbitrage, quant à eux, ne seront brièvement évoqués que dans la mesure où ils pourront être victimes par ricochet du comportement de l'arbitre exerçant sa fonction juridictionnelle. En revanche, ne seront pas envisagés les tiers à qui l'arbitre pourrait causer un dommage sans lien avec l'exercice de son activité juridictionnelle. Si, par exemple, l'arbitre conduit un véhicule et percute un autre automobiliste ou un piéton en se rendant à une instance arbitrale, sa responsabilité ne sera pas recherchée en sa qualité d'arbitre, mais en sa qualité de conducteur, sur le fondement de la loi du 5 juillet 1985. Ce type de situation sera régi par des dispositions qui n'empruntent rien au droit de l'arbitrage et qui n'ont donc pas leur place au sein de notre réflexion. De la même façon, seront exclues du champ de notre réflexion les institutions arbitrales qui pourraient être victimes d'un manquement des arbitres aux obligations qu'ils assument dans le cadre de leur contrat de collaboration; cette situation relèvera de la seule responsabilité contractuelle de droit commun.

En somme, la présente étude se limitera essentiellement à traiter de la responsabilité civile que l'arbitre est susceptible d'engager pour les dommages qu'il pourrait causer aux litigants dont il a tranché le litige.

10. A présent que l'on sait pourquoi il est nécessaire d'étudier la responsabilité de l'arbitre et quelle responsabilité sera examinée, il nous reste à définir la méthode que

l'on adoptera pour mener notre réflexion. Comment étudier la responsabilité de l'arbitre, alors même que le législateur ne la prévoit pas et que la jurisprudence n'a eu que rarement l'occasion de se prononcer sur la question ? A première vue, deux types de démarche semblent envisageables.

11. On peut, tout simplement, chercher à appliquer les principes du droit commun de la responsabilité civile à l'arbitre. Puisqu'aucun régime spécifique n'est prévu, l'arbitre peut être soumis, comme n'importe quel contractant, aux règles prévues en matière de responsabilité contractuelle. Cette approche présente d'emblée un inconvénient : celui de passer sous silence la spécificité de la fonction arbitrale. L'arbitre est, certes, un contractant, mais l'objet de son obligation est très particulier puisqu'il consiste à trancher un litige. Il exerce donc une fonction juridictionnelle qui le rapproche d'un juge, lequel bénéficie d'une immunité dans l'exercice de sa fonction⁷². On pressent alors que les principes de la responsabilité contractuelle sont inadaptés, au moins en partie, à la situation spécifique de l'arbitre.

C'est la raison pour laquelle une seconde approche est envisageable. Elle consisterait à réfléchir à la création d'un régime de responsabilité spécial, conçu sur-mesure pour tenir compte des spécificités de la mission de l'arbitre. Cela présenterait l'avantage évident d'aboutir à un régime adapté à l'arbitrage et à ses particularités. Il n'y aurait alors pas de risque que la responsabilité de l'arbitre soit engagée trop facilement ou, au contraire, que l'arbitre puisse échapper trop aisément à sa responsabilité, puisqu'il suffirait de façonner les conditions de cette responsabilité suivant le juste milieu qu'il est souhaitable d'atteindre. Cette approche présente toutefois deux inconvénients majeurs. D'une part, elle nécessite l'intervention du législateur pour créer un tel régime spécial, ce qui prend du temps et ne résout pas, dans l'intervalle, la question des conditions auxquelles l'arbitre peut voir sa responsabilité engagée. D'autre part, et surtout, une telle intervention, qui contribuerait à l'inflation législative, ne serait justifiée que si les principes existants du droit de la responsabilité civile s'avéraient inadaptés à la question de la responsabilité arbitrale. Il faudrait donc d'abord constater l'impossibilité ou l'inopportunité d'appliquer à l'arbitre le droit commun de la responsabilité civile pour, ensuite, proposer l'adoption de règles plus opportunes. Or, si

⁷² V° note de bas de page n°40.

l'arbitrage présente indéniablement des spécificités, celles-ci ne paraissent pas suffisantes pour justifier de le faire échapper aux principes de droit commun.

En réalité, la spécificité de l'arbitrage tient essentiellement à la nature de l'activité qu'exerce l'arbitre : trancher un litige. Cette activité n'est pas génératrice d'un risque particulier qui justifie la création de régime spécial de responsabilité. En effet, la consécration de nouveaux régimes de responsabilité au fil du temps a toujours reposé sur l'existence d'un risque attaché à une activité donnée. Tel est le cas en matière de responsabilité du fait des choses, où la jurisprudence, dans un premier temps, a consacré un régime responsabilité distinct de la responsabilité du fait personnel, avant que le législateur n'intervienne pour régir spécifiquement l'indemnisation de dommages survenus dans certaines circonstances. Ainsi, initialement, l'article 1384 du Code civil, devenu 1242 du même Code, était dénué de toute portée normative⁷³. Pourtant, la jurisprudence a construit sur ce fondement un régime complet de responsabilité objective, c'est-à-dire sans faute⁷⁴. Cette construction a été rendue nécessaire par les modifications sociales et économiques qui se traduisaient notamment par l'essor du machinisme, le développement du chemin de fer et des automobiles entraînant des dommages corporels toujours plus nombreux et plus graves⁷⁵. Parallèlement, la société a aussi évolué et la nécessité d'indemniser les victimes nombreuses de ces dommages corporels était devenue « *un impératif social* »⁷⁶. Face au nombre croissant de dommages subis par des ouvriers et leur famille, victimes de dommages causés par une machine ou par une automobile⁷⁷, la jurisprudence est intervenue pour apporter une réponse qui n'existait alors pas : à une époque où seule la responsabilité pour faute existait, l'absence de faute ou la difficulté pour les victimes de démontrer la faute des employeurs ou des conducteurs rendait impossible l'indemnisation des ouvriers⁷⁸. La responsabilité du fait

⁷³ En ce sens, v° J. JULIEN, *Droit de la responsabilité et des contrats 2018/2019*, (dir. P. LE TOURNEAU), Dalloz, coll. Dalloz Action, 11^e édition, 2017, spé. n°2221.11 et s. ; L. CADIET (dir.), *op. cit.*, v° Responsabilité.

⁷⁴ En ce sens, v° L. CADIET (dir.), *op. cit.*, v° Responsabilité.

⁷⁵ En ce sens, v° J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 2. Le fait juridique*, Sirey, coll. Université, 16^e édition, 2014, spé. n°68. p.80 ; L. CADIET (dir.), *op. cit.*, v° Responsabilité.

⁷⁶ En ce sens, v° L. CADIET (dir.), *op. cit.*, v° Responsabilité; soulignant également que l'évolution des mentalités a joué un rôle de l'essor de la responsabilité sans faute, v° P. LE TOURNEAU, *Répertoire de droit civil, Dalloz, v° Responsabilité : généralités*, 2009, spé. n°176 à 180.

⁷⁷ Pour un auteur justifiant l'essor des responsabilités objectives reposant sur le risque par d'autres arguments que l'essor du machinisme, v° P. LE TOURNEAU, *Répertoire de droit civil, Dalloz, v° Responsabilité : généralités*, 2009, spé. n°170 à 175.

⁷⁸ Pour une présentation en ce sens, v° J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 2. Le fait juridique, op. cit.*, spé. n°68. p.80 ; L. CADIET (dir.), *op. cit.*, v° Responsabilité.

des choses s'est alors construite sur le fondement du risque⁷⁹, ce qui a permis d'indemniser des dommages qui n'étaient pas la conséquence d'un comportement fautif. Par la suite, le législateur a multiplié les régimes spéciaux de responsabilité afin de faciliter l'indemnisation de victimes sans qu'il soit nécessaire pour elles de rapporter la preuve d'une faute. Tel fut le cas de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail⁸⁰, de la loi du 31 mai 1924 sur la navigation aérienne⁸¹ et, plus récemment, de la loi du 5 juillet 1985 sur les accidents de la circulation⁸², ainsi que de la loi du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux⁸³. Il existe un point commun entre tous ces régimes spéciaux : tous ont été rendus nécessaires par l'existence d'un risque spécifique découlant de certaines activités pouvant être sources de dommages corporels de grande gravité, allant potentiellement jusqu'à la mort de la victime. Il semblait alors inéquitable de laisser de telles victimes ou leurs proches sans indemnisation. La volonté d'indemniser de tels préjudices, très attentatoires à la personne humaine, sous-tend et justifie l'existence même de ces régimes spéciaux qui dérogent aux principes de la responsabilité pour faute. Or, aucun impératif comparable n'existe en matière d'arbitrage. En effet, si le comportement adopté par l'arbitre dans l'exercice de sa fonction peut être la source de préjudices, les dommages ainsi causés n'impliquent jamais d'atteintes graves à la personne humaine. Par hypothèse, la sentence arbitrale ne peut causer de préjudice corporel. Pour cette raison, la responsabilité arbitrale ne nécessite pas la création d'un régime spécial de responsabilité, à défaut de risque particulier attaché à l'activité de l'arbitre. Les dommages pouvant être causés aux parties étant essentiellement d'ordre matériel ou

⁷⁹ En ce sens, v° J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 2. Le fait juridique, op. cit.*, spé. n° 68. p. 80. Pour un auteur considérant que la responsabilité objective du fait des choses ne découle pas du risque mais de la garantie, v° J. JULIEN, *Droit de la responsabilité et des contrats 2018/2019*, (dir. P. LE TOURNEAU), Dalloz, coll. Dalloz Action, 11^e édition, 2017, spé. n°2221.13.

⁸⁰ Loi du 9 avril 1898 concernant les responsabilités dans les accidents du travail.

⁸¹ Cette loi du 31 mai 1924 relatives à la navigation aérienne rend responsable l'exploitant d'un aéronef des dommages causés aux personnes et aux biens qui se trouvent à la surface soit par les évolutions de l'appareil soit par les éléments qui s'en détachent sans qu'il soit besoin d'en prouver la faute.

⁸² Loi n°85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation. Pour assurer l'indemnisation du préjudice, la loi du 5 juillet 1985 prévoit, s'agissant de victimes particulières (les victimes « *de moins de seize ans ou de plus de soixante-dix ans, ou lorsque, quel que soit leur âge, elles sont titulaires, au moment de l'accident, d'un titre leur reconnaissant un taux d'incapacité permanente ou d'invalidité au moins égal à 80 p.100* »), qu'elles seront indemnisées dans toutes les situations (article 3, alinéa 2, de la loi du 5 juillet 1985), sauf à ce qu'elles aient volontairement recherché le dommage subi (article 3, alinéa 3, de la même loi). Autrement dit, pour ces victimes rien, ou presque, ne peut faire obstacle à l'indemnisation des préjudices « *résultant des atteintes à leur personne* ».

⁸³ Loi n°98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux.

moral, mais non d'ordre corporel, les principes de la responsabilité pour faute paraissent tout à fait suffisants pour régir la responsabilité de l'arbitre à raison de l'exercice de sa fonction.

12. Pour toutes ces raisons, il semble préférable d'adopter une autre démarche, qui ne consiste ni à appliquer exclusivement le droit commun de la responsabilité contractuelle, ni à proposer la création d'un régime spécial et dérogatoire de responsabilité arbitrale. Il s'agirait, plutôt, de s'interroger sur la façon dont la situation de l'arbitre peut s'inscrire dans le système de responsabilité pour faute existant en droit commun. L'on sait que la responsabilité du fait personnel se décline en deux volets que sont la responsabilité contractuelle et la responsabilité extra-contractuelle. Or, puisque l'arbitre est non seulement un contractant, mais aussi un juge, pourquoi la nature de sa responsabilité ne refléterait-elle pas son double statut ? En l'état de la jurisprudence, c'est une responsabilité contractuelle qu'engage l'arbitre en toutes circonstances, qu'il agisse comme contractant ou comme juge⁸⁴. Toutefois, si un manquement simple suffit en principe à engager sa responsabilité, la définition du fait générateur de sa responsabilité se durcit lorsque l'arbitre se voit reprocher une faute dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle : il doit alors avoir commis « *une faute personnelle équipollente au dol ou constitutive d'une fraude, d'une faute lourde ou d'un déni de justice* »⁸⁵ pour que sa responsabilité contractuelle puisse être engagée. Dans cette hypothèse, la nature contractuelle de la responsabilité arbitrale est-elle encore justifiée ?

C'est sur cette interrogation qu'il faudra se pencher dans un premier temps car, pour pouvoir engager la responsabilité civile de l'arbitre, il faut déjà déterminer la nature de la responsabilité susceptible d'être recherchée. En effet, si l'on part du postulat que la responsabilité de l'arbitre peut opportunément être soumise au droit commun de la responsabilité civile, la première étape de la réflexion consiste à s'interroger la nature, contractuelle ou délictuelle, de cette responsabilité. Mener une telle réflexion implique d'avoir précisément en tête les domaines respectifs de ces deux ordres de responsabilité, pour déterminer quel type de comportement de l'arbitre est susceptible de relever de quel régime de responsabilité. Tout cela invite à se pencher,

⁸⁴ Sur ce point, v° *infra*, partie 1.

⁸⁵ Civ. 1^e, 15 janvier 2014, n° 11-17.196, *Bull I*, n° 1.

dans un premier temps, sur l'identification du régime de responsabilité applicable à l'arbitre.

Cette étape préalable permettra ensuite d'envisager la mise en œuvre de la responsabilité arbitrale, pour étudier concrètement les règles suivant lesquelles la responsabilité de l'arbitre peut être engagée. Ce sera l'occasion de s'interroger sur le point de savoir si le régime de responsabilité applicable à l'arbitre permet de tenir compte des spécificités de sa fonction, et de proposer d'éventuels ajustements. Il faudra, bien entendu, envisager les enjeux de droit international privé susceptibles d'intervenir dans la question de la responsabilité arbitrale. En effet, l'une des spécificités de l'arbitrage tient à la fréquence des cas dans lesquels il s'inscrit dans un contexte international. Se posera alors la question de savoir devant quel juge la responsabilité de l'arbitre peut être engagée, et suivant quelle loi sa responsabilité doit être jugée. A cet égard, les règles de droit international privé prévues en matière de responsabilité peuvent-elles opportunément s'appliquer à l'arbitre ? Pour peu que la loi française soit désignée comme loi applicable, il faudra ensuite s'interroger sur les conditions suivant lesquelles l'arbitre peut voir sa responsabilité engagée. Ces conditions sont généralement présentées sous la forme d'un triptyque : que l'on soit en matière contractuelle ou délictuelle, l'engagement de la responsabilité suppose la réunion d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité entre la faute et le dommage. Or, chacune de ces conditions appelle des interrogations qu'il conviendra de se poser au sujet de l'arbitre. Où fixer le seuil de gravité de la faute pour définir le fait générateur de responsabilité ? Comment apprécier le lien de causalité entre ce fait et le dommage causé ? Quels sont les dommages que l'arbitre peut être condamné à réparer ? D'autres interrogations pourront également surgir. Les principes posés par le droit commun de la responsabilité sont-ils modulables par la volonté des parties ? Existe-t-il des causes d'exonération dont l'arbitre pourrait se prévaloir ?

Tout cela relève des questions de mise en œuvre de la responsabilité arbitrale. Or, la réponse à l'ensemble de ces questions suppose préalablement de définir le régime de responsabilité auquel il convient de soumettre l'activité arbitrale.

C'est donc assez naturellement que notre réflexion nous portera à envisager, dans une première partie, l'identification du régime de responsabilité applicable à l'arbitre,

pour décliner ensuite son application dans une seconde partie qui sera consacrée à la mise en œuvre de la responsabilité de l'arbitre.

Partie 1 :

L'identification du régime

de la responsabilité de

l'arbitre

13. L'identification du régime de la responsabilité arbitrale s'ordonne autour de deux interrogations qui sont un préalable nécessaire à la mise en œuvre de toute action en responsabilité à l'encontre d'un arbitre.

La première interrogation est celle de la nature de la responsabilité arbitrale. Il faut en effet déterminer quel type de responsabilité peut être engagé en cas de faute commise par l'arbitre⁸⁶. En l'absence de régime spécial en matière d'arbitrage, c'est vers les responsabilités de droit commun qu'il faudra se tourner pour identifier le régime applicable à l'arbitre. Cette première recherche nous conduira à démontrer que la responsabilité de l'arbitre revêt, ou devrait revêtir, une nature duale : selon les manquements reprochés, elle devrait être de nature contractuelle ou délictuelle.

Cette double nature de la responsabilité arbitrale suscitera alors une seconde interrogation : celle du domaine de la responsabilité de l'arbitre. Dès lors que la responsabilité arbitrale peut être duale, il sera nécessaire d'identifier quels sont les manquements susceptibles d'engager, respectivement, les responsabilités contractuelle et délictuelle de l'arbitre. Cette recherche nous conduira à proposer un critère de classification des obligations permettant de faire le départ entre celles qui se rattachent à la mission contractuelle de l'arbitre, et sont susceptibles d'engager sa responsabilité contractuelle, et celles qui se rattachent à sa fonction juridictionnelle, et sont susceptibles d'engager sa responsabilité délictuelle.

L'identification du régime de la responsabilité de l'arbitre passera donc, dans un premier temps, par l'étude de la nature de la responsabilité de l'arbitre (Titre 1) puis, dans un second temps, par la détermination du domaine des responsabilités de l'arbitre (Titre 2).

⁸⁶ En ce sens, étudiant la responsabilité de l'arbitre, Messieurs Dalcq et Van Oevelen considèrent que « pour bien cerner la responsabilité des arbitres vis-à-vis des parties, il est conseillé de d'abord définir la nature juridique de cette responsabilité » (R.-O. DALCQ, A. VAN OEVELEN, « *La responsabilité de l'arbitre, De Aansprakelijkheid van de arbiter* », in *L'arbitre : pouvoirs et statut, Macht en onmacht van de arbiter, Actes du colloque du CEPANI du 28 avril 2003*, Bruylant, 2003, p. 189 et s., spé. n°2, p.191).

Titre 1 : LA NATURE DE LA RESPONSABILITE DE L'ARBITRE

14. La question de la nature de la responsabilité de l'arbitre est éminemment dépendante de la nature de l'institution arbitrale elle-même. Les discussions qui se sont tenues au sujet de la nature de l'arbitrage ont donc nécessairement un impact sur la question de la responsabilité de l'arbitre.

On verra que toute l'évolution de la conception de l'arbitrage a consisté à reconnaître une dualité de l'institution, qui recouvre à la fois un aspect contractuel et un aspect juridictionnel. Cette dualité influe sur l'ensemble du régime de l'arbitrage, et la responsabilité de l'arbitre ne devrait pas déroger à cette double influence. Il est vrai que le droit positif ne pousse pas la logique jusque-là.

Pour autant, il faut, nous semble-t-il, considérer que la double nature de l'arbitrage doit rejaillir sur la responsabilité de l'arbitre qui doit, elle aussi, être duale. Ainsi, la logique et la cohérence mêmes de l'institution arbitrale commandent de reconnaître que l'arbitre peut être tenu de deux types de responsabilités, conséquence inévitable de la dualité de l'institution arbitrale et des obligations assumées par l'arbitre.

Tout l'objet de ce premier titre consistera donc à démontrer que la double nature de l'institution arbitrale (chapitre 1) doit nécessairement avoir pour conséquence une double nature de la responsabilité de l'arbitre (chapitre 2).

Chapitre 1 : La double nature de l'institution arbitrale

15. Les analyses anciennes de l'arbitrage se caractérisent par leur approche unitaire. Selon les auteurs, l'arbitrage était perçu comme une institution soit uniquement juridictionnelle, ce qui donnait lieu à une conception que l'on désignera comme « juridictionnaliste », soit uniquement conventionnelle, ce qui traduisait une conception contractualiste de l'arbitrage. Ces approches reposent sur une appréhension moniste de l'arbitrage, qui constitue leur principale lacune : chacune des conceptions monistes présente l'inconvénient d'occulter l'un des aspects de l'arbitrage. C'est la raison pour laquelle l'arbitrage, originellement conçu comme une institution unitaire, s'est ensuite imposé comme une institution mixte, dans laquelle le conventionnel et le juridictionnel se mélangent.

C'est donc le rejet des conceptions monistes de l'arbitrage (section 1) qui a permis d'aboutir à la consécration d'une conception dualiste de l'arbitrage (section 2), largement retenue aujourd'hui.

Section 1 : Le rejet des conceptions monistes de l'arbitrage

Les théories monistes de l'arbitrage sont au nombre de deux. L'une est contractualiste : elle présente l'arbitrage comme étant uniquement un contrat, lui déniait alors sa dimension juridictionnelle. L'autre est juridictionnaliste : elle invite à penser l'arbitrage comme une institution uniquement juridictionnelle, occultant ainsi toute composante contractuelle. Tant la conception purement contractuelle de l'arbitrage (§1) que sa conception purement juridictionnelle (§2) ont été rejetées.

§1) Le rejet d'une conception purement contractuelle de l'arbitrage

La conception moniste contractualiste veut que l'arbitrage soit appréhendé sous le seul angle contractuel. Les arguments qui, pendant un temps, ont été avancés en faveur de cette approche (A), ont cédé face aux arguments qui lui ont été opposés (B).

A) Les arguments en faveur d'une conception purement contractuelle de l'arbitrage

16. À en croire Monsieur Henry, « c'est le Procureur Merlin⁸⁷ qui, d'après Lainé, fut l'instigateur de la théorie contractuelle à l'occasion d'une affaire portée devant la section des Requêtes et le Cour Suprême, le 15 juillet 1812 »⁸⁸. Par la suite, cette théorie a reçu l'appui de nombreux éminents juristes au titre desquels on peut citer Foelis, Aubry et Rau ou encore Larombière⁸⁹.

Cette conception présente l'arbitrage comme une institution monolithique, de nature unitaire⁹⁰ : l'arbitrage serait une institution exclusivement contractuelle, sans aucune dimension juridictionnelle. Il ne serait « *qu'un ensemble d'actes contractuels privés* »⁹¹. Pour justifier leur position, les contractualistes s'appuient non seulement sur la source conventionnelle de l'arbitrage (1), mais aussi sur la nature conventionnelle, selon eux, de la sentence arbitrale (2).

1. La source conventionnelle de l'arbitrage

17. Pour qu'une procédure arbitrale se déclenche, il est absolument nécessaire que les parties forment, avant toute chose, un contrat⁹². Pour les tenants de la doctrine contractualiste, ce contrat influe directement sur la nature de l'arbitrage parce qu'il en est l'acte fondateur. Pour eux, puisqu'« il ne peut y avoir arbitrage que si et dans la

⁸⁷ Philippe-Antoine Merlin, qui était l'un des plus fervents défenseurs de la doctrine contractualiste, était procureur près la Cour de cassation.

⁸⁸ M. HENRY, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 352, 2001, spé. n°24, p.11. Présentant également Merlin comme ardent défenseur de la théorie contractuelle, v° B. OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage*, PUF, coll. Droit éthique société, 1998, spé. p.28. En outre, même pour les juges de l'époque, le plus fervent « contractualiste » était le procureur Merlin (en ce sens, v° T. civ. Seine, 27 décembre 1906, *Del Drago*, RDIP, 1907, p.398, note M. NAST : « *jusqu'à ce jour, la doctrine, entraînée par la haute autorité de Merlin, a presque unanimement admis que la sentence rendue par des arbitres institués, en dehors de toute obligation légale par la libre volonté des parties, fait corps avec le compromis dont elle est l'exécution, et lui emprunte son caractère contractuel* »).

⁸⁹ En ce sens, v° F.-E. KLEIN, *Considérations sur l'arbitrage en droit international privé*, précédées d'une étude de législation et de jurisprudence comparées en la matière, Editions Helbing & Lichtenhahn, 1955.

⁹⁰ Le débat sur la qualification de l'arbitrage est né à l'occasion de la détermination de la loi applicable à l'institution, laquelle ne pouvait être perçue que de manière unitaire. C'est la raison pour laquelle les conceptions qui s'affrontaient à l'époque étaient nécessairement uniquement contractuelle ou uniquement juridictionnelle.

⁹¹ F.-E. KLEIN, *op. cit.*, n°105 p. 181.

⁹² On parle aujourd'hui d'une convention d'arbitrage, conformément à l'article 1442, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile dans sa rédaction issue du décret du 13 janvier 2011.

mesure où les parties l'ont voulu »⁹³, cette source conventionnelle insufflé à l'arbitrage sa nature d'institution contractuelle. Dans cette approche, ce n'est donc pas la mission des arbitres qui permet de qualifier l'institution, mais la clause compromissoire ou le compromis d'arbitrage⁹⁴ qui lui donne naissance. L'arbitrage serait une institution purement contractuelle car tout découle du contrat par lequel les parties conviennent de soumettre leur contentieux à l'arbitrage⁹⁵. L'arbitrage serait ainsi coloré par l'accord des parties dans tous ses aspects, y compris jusqu'à la sentence qui serait l'exécution de cet accord de volonté initial.

Il ne fait donc aucun doute que la théorie contractualiste repose principalement sur le fait qu'il ne peut y avoir d'arbitrage sans la formation d'un contrat préalable. C'est un argument qui fait sens. Aucun arbitrage, encore aujourd'hui, qu'il soit national, international ou d'investissement, ne prend sa source ailleurs que dans la volonté des parties. En cela, la théorie contractualiste avait raison : penser l'arbitrage sans tenir compte de ses racines conventionnelles est impossible.

18. Quant à la qualification du contrat en cause, certains contractualistes ont proposé qu'il soit qualifié de contrat de mandat⁹⁶. Ainsi, on peut lire sous la plume d'Arminjon qu'« *en réalité, l'arbitrage est l'exécution du mandat stipulé dans le compromis*⁹⁷ »⁹⁸. Dans le compromis, il est donné mission aux arbitres, non

⁹³ F.-E. KLEIN, *op. cit.*, n° 15, p. 3.

⁹⁴ Le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage a supprimé, pour l'arbitrage international uniquement, ces deux notions pour ne parler plus que de la convention d'arbitrage. Sous l'empire du droit antérieur, le droit français de l'arbitrage opérait une distinction selon le moment de formation de la convention compromissoire : si elle était formée avant que le contentieux ne se tisse, on parlait de clause compromissoire ; si elle était formée une fois le contentieux né, on la désignait sous le terme de compromis d'arbitrage, conformément à l'article 1442 du Code civil dans sa rédaction antérieure à celle du décret du 13 janvier 2011. Ce décret a notamment modifié l'article 1442 du même Code de procédure civile en retirant l'alinéa 1^{er} qui prévoyait la distinction entre clause et compromis.

⁹⁵ Monsieur Henry a résumé cette pensée contractualiste de la façon suivante : « la sentence arbitrale qui tire du compromis toute sa substance a, comme le compromis, le caractère de contrat au point d'être elle-même un véritable contrat. L'accord des parties domine toute l'institution [...] y compris la sentence qui puise sa valeur juridique dans le compromis, elle est le complément et l'aboutissement de la convention d'arbitrage, dont elle assure l'exécution » (M. HENRY, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, *op. cit.*, n°23, p.11).

⁹⁶ Cette position ne fait toutefois pas l'unanimité chez les contractualistes : v° *infra*, n° **Erreur ! Source du renvoi introuvable.**

⁹⁷ Avant la réforme du 13 janvier 2011, le compromis désignait, conformément à l'article 1447 du Code de procédure civile, « *la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage d'une ou plusieurs personnes* ». Le compromis constitue donc la convention à l'initiative d'un « *procès arbitral* » (pour l'utilisation de cette expression, v° M. DE BOISSESON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, GLN Joly édition, 1990, spé. n°1, p.15). Autrement dit, pour l'auteur, le contrat par lequel les parties souhaitent que leur différend, né ou à naître, soit tranché par la voie de l'arbitrage, est un contrat qui confère un mandat à l'arbitre.

personnellement nommés⁹⁹, de trancher le litige entre les parties, par la reddition d'une sentence. Autrement dit, le compromis, tout comme la clause compromissoire – aujourd'hui réunis sous la qualification de convention d'arbitrage – est un acte juridique qui « *consiste, pour les parties, à s'engager à recourir à la procédure d'arbitrage pour résoudre leurs litiges* »¹⁰⁰. Pour les contractualistes, cet acte qui investit l'arbitre et le lie aux parties s'analyse en un contrat de mandat, conféré à l'arbitre par les deux parties¹⁰¹.

Cette qualité de mandataire est d'ailleurs, d'après Merlin, tout à fait compatible avec la définition du contrat de mandat telle qu'elle est énoncée à l'article 1984 du Code civil¹⁰² : selon lui, l'idée selon laquelle le mandataire agit pour le mandant et en son nom n'est « *rien autre chose, si ce n'est que le mandataire doit faire, en sa qualité, ce à quoi il est autorisé par le mandat ; qu'il doit le faire en vertu du pouvoir que ses commettants lui ont donné, et qu'il doit le faire comme ils pourraient et devraient le faire eux-mêmes, s'ils n'avaient pas eu recours à son ministère* »¹⁰³. Autrement dit, l'arbitre exécute la mission confiée par les parties et ce dans l'intérêt de ses mandants, c'est-à-dire comme ses mandants l'auraient fait s'ils avaient réglé eux-mêmes le litige¹⁰⁴. Au soutien de cette analyse, Merlin a pu invoquer une décision des juges du fond, restée cependant isolée, dans laquelle une cour d'appel a affirmé que « *le mandat donné à des arbitres n'est pas*

⁹⁸ P. ARMINJON, *Précis de droit international privé*, Vol. 3, Dalloz, 1931, spé. n°349.

⁹⁹ Le contrat par lequel un arbitre déterminé accepte la mission de poursuivre s'entend du contrat d'arbitre, lequel « *reste la chose des parties* », peu important qu'il soit formé par l'intermédiaire d'un centre d'arbitrage ou du juge d'appui (en ce sens, v° C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, coll. Domat Droit privé, 2^e édition, 2019, spé. n°286, p.311-312).

¹⁰⁰ M. DE BOISSESON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, *op. cit.*, n°1, p.15.

¹⁰¹ D'autres contractualistes se prononcent également en ce sens, comme Merlin qui affirmait que « le compromis n'est, dans ses rapports avec l'Arbitre, qu'un mandat » (P.-A. MERLIN, *Recueil alphabétique des questions de droit qui se présentent le plus fréquemment dans les tribunaux*, Hachette Livre BNF, v° Arbitres, paragraphe 14, article 4).

¹⁰² L'article 1984 du Code civil, qui est l'un des articles du Code à n'avoir pas été modifié depuis la codification de 1804, énonce que « *le mandat est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant, et en son nom* ».

¹⁰³ P.-A. Merlin, *op.cit.*, paragraphe 14, article 2.

¹⁰⁴ L'auteur s'appuyait sur différentes décisions judiciaires dont un arrêt du 14 janvier 1826 dans lequel de la Cour de cassation énonçait « *que le mandat donné à des Arbitres n'est pas gratuit de sa nature* ». Il opérait aussi des parallèles entre certains articles relatifs au mandat et d'autres propres au compromis. De ces confrontations, il s'inférait des similitudes (l'arbitrage prend fin par le décès comme le mandat ; le compromis peut être révoqué d'un commun accord comme le mandat) qui lui permettaient de conclure que l'arbitre est un mandataire. Il faut néanmoins préciser que pour cet auteur, l'arbitre est un mandataire un peu particulier. En effet, à l'inverse du mandataire de droit commun qui indemnise la victime par équivalent dans le cas où il mettrait un terme à sa mission en cours d'exécution, l'arbitre est obligé de mener sa mission à bien. Toutefois, pour Merlin, cette différence qui distingue les mandataires de droit commun des arbitres, mandataires de droit spécial, ne suffit pas à disqualifier l'arbitre comme mandataire mais s'explique par les effets qu'aurait pour les mandants l'interruption par le mandataire de sa mission en cours d'exécution. En ce sens, v° P.-A. Merlin, *op.cit.*, paragraphe 14, article 2. Dans le même sens, Monsieur Klein considère aussi que la jurisprudence dominante s'est ralliée à la théorie du mandat (F.-E. KLEIN, *op. cit.*, n°202, note de bas de page n°54).

gratuit de sa nature »¹⁰⁵. En reconnaissant ainsi la qualité de mandataire de l'arbitre, les juges auraient admis sa qualité de contractant.

Surtout, la qualification de mandataire a permis d'apporter des réponses aux difficultés qui pouvaient se poser pour nommer certaines personnes comme arbitres¹⁰⁶. Il a ainsi notamment pu être considéré qu'un étranger¹⁰⁷, tout comme un ancien condamné¹⁰⁸, pouvait être nommé arbitre par les parties, parce qu'il exercerait alors sa mission en tant que mandataire et non pas en tant que juge. En ce qu'elle permet de résoudre cette difficulté particulière, la qualification de mandat militait d'autant plus en faveur de l'approche exclusivement contractuelle du contrat d'arbitrage.

Un autre argument en faveur de la conception contractualiste tient dans la nature conventionnelle de la sentence arbitrale.

2. La nature prétendument conventionnelle de la sentence arbitrale

Pour les contractualistes, la source contractuelle de l'arbitrage irradie tout le processus arbitral pour lui imprimer sa nature, jusque dans la sentence rendue. Ainsi, la nature de la sentence arbitrale est aussi un support important de la théorie contractualiste. Ceci ressort très clairement de la succession de questions rhétoriques posées par le Procureur Merlin, dans la fameuse affaire Lecoulteux de Cantelou. Il énonçait : « *Eh bien ! Une décision arbitrale rendue en pays étranger est-elle autre chose qu'un contrat ? N'est-elle pas la conséquence du compromis par suite duquel les arbitres l'ont rendue ? Ne se lie-t-elle pas essentiellement à ce compromis ? Elle ne serait qu'un vain*

¹⁰⁵ Cour royale de Bordeaux, 14 janvier 1826, arrêt reproduit par P.-A. MERLIN, *op.cit.*, paragraphe 14, article 2.

¹⁰⁶ Merlin n'hésite d'ailleurs pas à affirmer que c'est la qualification de mandataire qui permet de déterminer qui peut devenir arbitre : « *Dès que l'arbitre n'est qu'un mandataire, il est évident que quiconque peut être mandataire, peut, par cela seul, être Arbitre* » (P.-A. MERLIN, *op.cit.*, paragraphe 14, article 2).

¹⁰⁷ La question de la nomination d'un arbitre de nationalité étrangère s'est effectivement posée. La réponse a été apportée par les tenants de la qualification du contrat de mandat. Pour ces derniers, l'arbitre est un mandataire. Et, pour être mandataire, nul besoin d'être un « *regnicole* » ; les « *aubains* » peuvent l'être aussi. Donc, si un étranger peut être mandataire et qu'un arbitre est un mandataire, c'est donc qu'un étranger peut être arbitre.

¹⁰⁸ Les personnes condamnées à certaines peines se voyaient interdire l'accès à certaines fonctions, notamment à la fonction publique de juge, et aux fonctions judiciaires au sens large. Pour autant, cela n'était pas, pour Merlin, un frein à leur nomination en tant qu'arbitres puisque cette mission « *n'est ni une dignité, ni une fonction publique, ni une profession judiciaire ; c'est un ministère purement privé* ». Il considérait en conséquence que « *les condamnés à des peines emportant, ou infamie, ou interdiction des droit civils* » pouvaient être nommés arbitres (P.-A. MERLIN, *op.cit.*, paragraphe 14, article 5).

chiffon, elle ne serait rien. C'est le compromis qui lui donne l'être ; c'est du compromis qu'elle tire toute sa substance. Elle a donc, comme le compromis, le caractère de contrat ; et dans l'exacte vérité, elle n'est que l'exécution du mandat que les parties ont confié aux arbitres ; elle n'est même, à proprement parler, qu'une convention que les parties ont souscrite par les mains de ceux-ci »¹⁰⁹. Pour soutenir cette position ici illustrée, deux séries d'arguments ont été soulevés pour démontrer le caractère conventionnel de la sentence.

19. En premier lieu, les contractualistes font valoir que la sentence arbitrale est **dénuée de force exécutoire automatique**, puisqu'elle ne peut être exécutée qu'après une procédure d'exéquatur. Ainsi, dès lors que la sentence ne peut être exécutée que par le truchement du recours à un juge judiciaire, c'est qu'elle est un simple contrat.

Le Procureur Merlin, en particulier, se fonde sur l'article 2123 du Code civil qui, dans sa rédaction en vigueur au moment de ses réflexions, disposait : « *les décisions arbitrales n'emportent hypothèque qu'autant qu'elles sont revêtues de l'ordonnance judiciaire d'exécution* »¹¹⁰. Pour cet auteur, cette disposition du Code civil constitue le support légal de sa théorie : il en ressort que l'intervention d'un organe juridictionnel, le juge de l'exéquatur, est nécessaire pour que la sentence, acte contractuel par nature, devienne un jugement, et donc un acte juridictionnel. C'est dire que le Code civil lui-même reconnaissait que la sentence est en réalité un contrat et ne change de nature, pour devenir un jugement, qu'à la suite de l'ordonnance d'exéquatur. Cette nature contractuelle de la sentence est un argument supplémentaire pour conforter la théorie selon laquelle l'arbitrage est une institution contractuelle.

La jurisprudence ne serait d'ailleurs pas restée insensible à cette analyse. Ainsi, lorsqu'elle a été amenée à se prononcer sur la juridiction compétente pour exéquaturer une sentence arbitrale, la Cour de cassation a énoncé « *que les sentences arbitrales qui ont pour base un compromis, font corps avec lui et participent de son caractère conventionnel ; que dès lors les sentences arbitrales rendues à l'étranger doivent être traitées en France comme des sentences arbitrales et recevoir, pour leur exécution,*

¹⁰⁹ En ce sens, v° F.-E. KLEIN, *op. cit.*, spé. note de bas de page n°22, p.44.

¹¹⁰ La version actuelle de l'article 2123, alinéa 2, du Code civil énonce : « Elle résulte également des décisions arbitrales revêtues de l'ordonnance judiciaire d'exécution ainsi que des décisions judiciaires rendues en pays étrangers et déclarées exécutoires par un tribunal français ».

l'exéquat, non d'un tribunal tout entier, mais d'un président du tribunal»¹¹¹. Cette décision a été invoquée par certains contractualistes pour renforcer leur position. Ainsi, pour Frédéric-Edouard Klein, il ne fait pas de doute que la Haute juridiction a fait sienne l'approche contractualiste en considérant que la sentence est conventionnelle parce qu'elle prend sa source dans le compromis, qui est un acte contractuel. Ainsi, en reconnaissant le caractère conventionnel de la sentence, les juges auraient consacré la conception contractualiste de l'arbitrage.

20. En second lieu, la nature contractuelle de la sentence arbitrale résulte, pour les contractualistes, de **l'absence de voie de recours automatique** à son encontre. Les tenants de cette conception font valoir que, si la sentence arbitrale peut être frappée d'appel, cette voie de recours n'est pas ouverte de plein droit, à l'inverse de ce qu'il en est pour les jugements.

Ainsi, pour André Weiss, la possibilité de contester par la voie d'appel une sentence est une simple éventualité. C'est la volonté des parties, donc le contrat, qui permettra ou non de soumettre la sentence à un second contrôle. Pour cet auteur, le recours à la procédure d'appel est implicitement compris dans le compromis¹¹². Cette lecture est d'ailleurs conforme au Code de procédure civile qui, en son article 1010, dans sa rédaction applicable à l'époque, autorisait les parties à renoncer d'avance à l'appel. Ainsi, l'appel n'est ouvert que parce que les parties ont tacitement accepté cette voie de recours, en s'abstenant d'y renoncer. Tout cela repose sur l'idée qu'en donnant leur consentement libre et éclairé pour recourir à l'arbitrage, les parties ont en outre consenti à l'exercice d'une procédure d'appel, sauf à stipuler l'inverse.

Le droit de l'arbitrage français, tel qu'il est aujourd'hui conçu, pourrait renforcer l'analyse d'André Weiss. En effet, en matière d'arbitrage interne, l'article 1489 du Code de procédure civile a inversé le principe et l'exception¹¹³ et dispose désormais : « *La*

¹¹¹ Req. 17 juillet 1937, *Roses c/ Moller, D.*, 1938, 1, 25.

¹¹² A. WEISS, « De l'exécution des sentences arbitrales étrangères en France », *Revue de droit international privé et de droit pénal international*, 1906, p.34 et s., spé. p.41.

¹¹³ Il faut ici rappeler qu'avant la réforme du 13 janvier 2011 applicable aux clauses compromissoires postérieures au 1^{er} mai 2011, l'article 1482 ancien du Code de procédure civile, qui néanmoins continue de régir toutes les clauses compromissoires et compromis d'arbitrage formés jusqu'au 1^{er} mai 2011, énonçait que : « *la sentence arbitrale est susceptible d'appel à moins que les parties n'aient renoncé à l'appel dans la convention d'arbitrage* ». Par principe, la sentence arbitrale interne était donc susceptible d'appel. Ce n'était que par exception, lorsque les parties avaient exprimé leur refus de soumettre la sentence arbitrale à un deuxième degré de juridiction, que la voie de l'appel était fermée. La réforme du 13 janvier 2011 a donc inversé le principe et l'exception. Pour autant, loin d'une volonté de consacrer la conception

sentence n'est pas susceptible d'appel sauf volonté contraire des parties ». Autrement dit, de manière encore plus flagrante qu'auparavant, l'appel-réformation repose sur la volonté des parties : il ne peut être exercé que si les parties en sont expressément convenues. Loin d'être automatique, cette voie de recours n'existe donc que si elle est ouverte par contrat, dans l'arbitrage interne. Par ailleurs, elle est exclue en matière d'arbitrage international¹¹⁴. Dans le même sens, l'appel-nullité repose lui aussi sur la volonté des parties lesquelles peuvent, s'agissant des sentences internationales rendues en France, renoncer à ce recours conformément aux dispositions de l'article 1522, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile.

Tout cela tend à renforcer l'argument des contractualistes suivant lequel l'arbitrage présente une nature contractuelle jusque dans l'exercice des voies de recours contre la sentence arbitrale. La démonstration se prolonge à travers une comparaison avec les voies de recours ouvertes contre les jugements. Ainsi, en matière de jugement, l'appel est toujours ouvert sauf si une disposition formelle de la loi s'y oppose¹¹⁵ ou si les parties y ont renoncé, s'agissant des droits dont elles ont la libre disposition. Les règles applicables à l'appel de la sentence et celles applicables à l'appel du jugement sont donc inversées : l'appel est par principe ouvert en matière de jugement et par principe fermé en matière de sentence arbitrale. La sentence ne peut donc être assimilée à un jugement¹¹⁶. Pour les tenants de l'approche contractualiste, cette différence permet de conforter l'affirmation suivant laquelle l'arbitrage est une institution contractuelle, et non pas juridictionnelle.

purement contractualiste de l'arbitrage, cette modification visait plutôt à prendre en compte la pratique : l'habitude avait été prise d'insérer dans les conventions d'arbitrage des clauses de renonciation à l'appel, au point d'en faire des clauses de style (en ce sens, v° C. SERAGLINI, J. ORTSCHEIDT, *op. cit.*, n°301, p. 492).

¹¹⁴ En ce domaine, la sentence ne peut faire l'objet d'un appel-réformation puisque l'article 1518 du Code de procédure civile, applicable à la sentence rendue en France en matière d'arbitrage international, prévoit qu'elle « *ne peut faire l'objet que d'un recours en annulation* ».

¹¹⁵ Cela ressort de l'article 543 du Code de procédure civile, qui énonce : « La voie de l'appel est ouverte en toutes matières, même gracieuses, contre les jugements de première instance s'il n'en est autrement disposé ».

¹¹⁶ Cette assimilation est d'autant plus fortement exclue en matière de litiges internationaux. En effet, en cette matière, si le droit français est applicable et les juridictions françaises compétentes, peu importera le caractère international du litige ; le jugement rendu sera, par principe, ouvert à la voie d'appel. Si à l'inverse, les parties ont choisi de recourir à un arbitrage qui aboutit à la reddition d'une sentence en France, la voie de l'appel sera tout simplement fermée. Il y a donc, en matière internationale, une opposition frontale entre l'appel contre le jugement et l'appel contre la sentence. Cette opposition empêche évidemment toute assimilation de la sentence à un jugement.

21. Il ressort de ces arguments avancés par les contractualistes que, puisque l'arbitrage s'ouvre sur un contrat et qu'il aboutit à un contrat, c'est bien qu'il s'agit d'une institution contractuelle. De son déclenchement jusqu'au prononcé de la sentence, de sa genèse jusqu'au terme de la procédure arbitrale, l'arbitrage aurait une nature conventionnelle. Certains contractualistes ont d'ailleurs voulu voir dans la jurisprudence une consécration de cette conception. Ainsi, dans son ouvrage consacré à l'arbitrage en droit international privé, Frédéric-Edouard Klein présente un certain nombre de décisions de jurisprudence comme portant réception par les juridictions françaises de la vision selon laquelle l'arbitrage serait une institution uniquement contractuelle. D'après cet éminent auteur, dès le début du 20^e siècle, la Haute juridiction s'est rangée derrière une jurisprudence provinciale qui s'était elle-même « *ralliée [...] à la thèse contractuelle* »¹¹⁷.

De fait, il est vrai que certaines décisions comportent des références plus ou moins explicites à la théorie contractualiste de l'arbitrage. Ainsi, dans un arrêt rendu le 8 décembre 1914, la Cour de cassation a énoncé « *que l'arbitrage auquel il a été procédé n'a rien de contraire à l'ordre public ; que son caractère conventionnel n'a point été modifié par la loi anglaise ; que par suite, les juges ont pu admettre la validité, en France, de la sentence et qu'ils n'eussent pu, sans méconnaître les effets légaux d'un contrat dont elle est issue, en réviser au fond les dispositions* »¹¹⁸. De manière encore plus explicite, dans un arrêt du 9 juillet 1928, elle a relevé que « *les contrats, lorsqu'ils ne sont entachés d'aucun vice, obligent, en quelque lieu que ce soit ceux qui les ont consentis ; que dès lors, si la Cour d'Appel avait le devoir de vérifier la validité, en France, de la sentence, il ne lui appartenait pas de la réviser au fond et de méconnaître ainsi les effets légaux du contrat en vertu duquel elle avait été rendue* »¹¹⁹. Il ressort de cette motivation l'idée que la sentence est l'aboutissement d'un processus contractuel : l'arbitrage s'ouvre par un contrat qui est la source même de la sentence, ce qui alimente l'analyse suivant laquelle la sentence serait elle-même un contrat.

Cette analyse, toutefois, n'a pas été consacrée par le droit positif, pas plus que l'approche contractualiste. La conception purement contractuelle de l'arbitrage s'est en effet heurtée à des arguments plus forts, qui ont conduit à son rejet.

¹¹⁷ F.-E. KLEIN, *op. cit.*, n° 27, p. 49.

¹¹⁸ Req. 8 décembre 1914, *Salles c/ Hale*, DP 1916, p. 194 ; RCDIP 1914, p. 333.

¹¹⁹ Req. 9 juillet 1928, DP 1928, 1, 173.

B) Les arguments en défaveur d'une conception purement contractuelle de l'arbitrage

22. Nonobstant l'interprétation favorisée par les contractualistes, force est de constater que la jurisprudence n'a jamais clairement affirmé que l'arbitrage était une institution purement contractuelle. Simplement, pour répondre à des questions techniques telles que la détermination du juge compétent pour procéder à l'exéquatur, elle a fait référence à des arguments empruntés à la théorie contractualiste. Ces références étaient insuffisantes pour en déduire que l'institution arbitrale ne serait qu'un contrat. En effet, que l'arbitrage emprunte certains éléments au régime du contrat n'implique pas pour autant que tous les aspects du processus arbitral soient de nature contractuelle. Les quelques références jurisprudentielles faites à la nature conventionnelle de l'arbitrage sont donc insuffisantes à caractériser la consécration d'une conception purement contractuelle de l'institution. Au mieux, elles traduisent la reconnaissance, par la jurisprudence, d'une dimension contractuelle inhérente à l'arbitrage.

Il n'en reste pas moins que deux arguments, en particulier, ont conduit au rejet de la conception purement contractuelle de l'arbitrage. Le premier tient à ce que l'analyse de la sentence arbitrale en un acte conventionnel a été démentie : il est désormais acquis que la sentence présente une nature juridictionnelle (1). Le second argument réside dans l'incontestable dimension juridictionnelle de l'arbitrage, que la conception contractualiste nie purement et simplement (2).

1. La consécration de la nature juridictionnelle de la sentence arbitrale

23. Le caractère juridictionnel de la sentence arbitrale a été consacré tant par la jurisprudence que par le législateur. S'agissant de la jurisprudence, elle a opéré par étapes. D'abord, plusieurs arrêts se sont attachés à définir les sentences arbitrales comme « *les actes des arbitres qui tranchent de manière définitive, en tout ou partie, le litige qui leur a été soumis que ce soit sur le fond, sur la compétence ou sur un moyen de*

procédure qui les conduit à mettre fin à l'instance »¹²⁰. De nombreux auteurs¹²¹ ont interprété cette formule comme consacrant le caractère juridictionnel de la sentence¹²², car elle est l'acte dans lequel les arbitres tranchent le contentieux qui leur est soumis. Cette interprétation était conforme à la position de la cour d'appel de Paris qui avait pu énoncer au sujet de la sentence arbitrale que « *la décision motivée, rendue par l'arbitre et par laquelle il a, après examen des thèses soutenues par les parties, refusé de surseoir à statuer, revêt une nature juridictionnelle et constitue une sentence susceptible d'un recours en annulation* »¹²³. Poursuivant dans le sens de la reconnaissance du caractère juridictionnel de la sentence, la Cour de cassation, dans une très célèbre décision *Putrabali*, a énoncé : « *la sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale* »¹²⁴. La reconnaissance du caractère juridictionnel de la sentence par les juridictions ne pouvait pas être plus explicite.

24. S'agissant ensuite du législateur, il ressort du décret du 13 janvier 2011 que la sentence n'est pas perçue comme un acte purement contractuel, mais comme un acte empruntant au caractère juridictionnel de l'arbitrage. En ce sens, le Code de procédure civile imprime à la sentence arbitrale certaines caractéristiques similaires à celles des jugements¹²⁵ : l'article 1484, alinéa 1^{er}, lui confère « *autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche* » ; l'article 1479 impose qu'elle soit rendue

¹²⁰ CA Paris, 25 mars 1994, *Rev. arb.*, 1994, p.91, note C. JARROSSON ; dans le même sens, v° CA Paris, 10 novembre 1995, *Rev. arb.* 1997, p.596 ; CA Paris, 11 avril 2002, *Rev. arb.*, 2003, p. 143, note D. BENSUAUDE ; CA Paris, 18 mai 2006, *Rev. arb.*, 2006, p.857 ; CA Paris, 29 novembre 2007, *Rev. arb.*, 2007, p.933, note C. CHAINAIS ; CA Paris, 15 avril 2010, *Rev. arb.*, 2010, p.82, note P. DUPREY et C. FOUCHARD ; Civ. 1^e, 12 octobre 2011, n° 09-72.439, *Bull II*, n°164. A l'inverse, n'est pas une sentence et donc n'est pas un acte juridictionnel l'acte qui ne fixe pas définitivement les droits des parties dans le cadre du litige qui les oppose, mais propose une solution soumise à leur accord : CA Paris, 24 février 2015, *Gazette du palais*, 20 juin 2015, p.23, note D. BENSUAUDE (« La sentence : expression du pouvoir juridictionnel de l'arbitre »).

¹²¹ En ce sens, v° J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, PUF, coll. Thémis droit, 2016, spé. n°809, p.516 ; J.-M. JACQUET, P. DELEBECQUE, S. CORNELOUP, *Droit du commerce international*, Dalloz, coll. Précis, 3^e édition, 2014, spé. n°1153, p.906 ; P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, spé. n°1352, p 750 ; E. LOQUIN, *Encyclopédie JurisClasseur Procédure civile*, v° Fasc. 1042 : Arbitrage, Sentence arbitrale, 2012, spé. n°33 ; C. JARROSSON, B. Le BARS, *Encyclopédie JurisClasseur Commercial*, v° Fasc. 197 : Arbitrage commercial – Droit interne, 2014, spé. n°5 ; P. LEVEL, « À propos de la médiation dans la vie des affaires », *JCP E*, 1989, 15615.

¹²² Certains préfèrent énoncer que « *la sentence a tous les caractères d'un jugement* » (B. MOREAU, A. BEREGOI, R. DESCOURS-KARMITZ, P.-E. MALLET, A. LELEU, *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, V° Arbitrage en droit interne, 2017, spé. n°229).

¹²³ CA Paris, 9 juillet 1992, *Rev. arb.*, 1993, p.303, note C. JARROSSON.

¹²⁴ Civ. 1^e, 29 juin 2007, n°05-18.053, *Bull I*, n° 250 ; dans le même sens, v° Civ. 1^e, 8 juillet 2015, n°13-25.846, *Bull I*, n° 17.

¹²⁵ En ce sens, v° B. MOREAU, A. BEREGOI, R. DESCOURS-KARMITZ, P.-E. MALLET, A. LELEU, *op. cit.*, n°384.

après un délibéré ; l'article 1482, enfin, impose qu'elle soit motivée. Tous ces traits de régime que partagent la sentence arbitrale et le jugement sont autant de manifestations du caractère résolument juridictionnel de la sentence arbitrale.

Ainsi, contrairement à ce qu'ont soutenu les contractualistes, le seul fait que la sentence n'ait pas de force contraignante, faute d'exequatur¹²⁶, ne suffit pas à lui conférer un caractère contractuel. En effet, les jugements étrangers, qui sont incontestablement des décisions judiciaires, ne peuvent produire d'effet en droit interne qu'à condition d'avoir été soumis à une procédure d'exequatur¹²⁷, conformément aux dispositions de l'article 509 du Code de procédure civile¹²⁸. Il ne peut donc être valablement soutenu que le fait que la sentence arbitrale doive être soumise à une procédure d'exequatur pour avoir la force exécutoire induit que sa nature est contractuelle. L'analyse suivant laquelle l'arbitrage serait purement contractuel parce que le processus arbitral commence et se termine par la réalisation d'un contrat a été démentie par la consécration de la nature juridictionnelle de la sentence. D'ailleurs, c'est sûrement là que réside la critique la plus forte à l'encontre de l'approche contractualiste : l'arbitrage ne peut pas être pensé sans sa composante juridictionnelle.

2. L'impossible négation de la dimension juridictionnelle de l'arbitrage

La théorie contractualiste ne survit pas à une confrontation avec ce qu'est l'institution arbitrale en droit positif. Les auteurs qui se sont intéressés à l'institution arbitrale ont mis en exergue l'impor Rappelant l'exigence du respect d'une tance de la fonction juridictionnelle des arbitres, pour contester la théorie contractualiste. Cette dimension juridictionnelle est essentielle, tant pour définir l'institution arbitrale (a) que pour la distinguer d'institutions voisines (b).

¹²⁶ Sur cet argument, v° *supra*, n°19.

¹²⁷ Il faut préciser que la procédure d'exequatur est en réalité nécessaire uniquement pour que les jugements étrangers puissent obtenir la force exécutoire. L'autorité de la chose jugée et l'efficacité substantielle sont accordées de plano aux jugements d'état et de capacité ainsi qu'aux jugements constitutifs patrimoniaux (en ce sens, v° S. CLAVEL, *Droit international privé*, Dalloz, coll. Hypercours, 5e édition, 2018, spé. n°409, p. 273-274; J. BEGUIN, M. MENJUCQ (dir.), *Droit du commerce international*, LexisNexis, coll. Traités, 3e édition, 2019, spé. n°1695, p.940).

¹²⁸ Rappelant l'exigence du respect d'une procédure d'exequatur pour que les décisions étrangères produisent leurs effets en France, v° S. CLAVEL, *op. cit.*, spé. n°404 et s., p.271 et s.; J. BEGUIN, M. MENJUCQ (dir.), *Droit du commerce international*, LexisNexis, coll. Traités, 3e édition, 2019, spé. n°1695, p.940.

a. L'importance du caractère juridictionnel de l'arbitrage dans les définitions de l'institution arbitrale

25. La théorie contractualiste n'a pas prospéré parce qu'elle fait fi de l'aspect juridictionnel de l'arbitrage. La qualification même de mandat, retenue par certains contractualistes, est tout à fait incompatible avec l'idée que l'arbitre exerce une fonction juridictionnelle : le mandat implique une action répondant aux instructions du mandant, tandis que la fonction juridictionnelle implique de trancher le litige et nécessite, pour ce faire, une indépendance de l'arbitre par rapport aux parties.

C'est d'ailleurs ce qui a poussé certains contractualistes à écarter la qualification de mandat : soit parce qu'elle implique une idée de soumission de l'arbitre, inconciliable avec la mission de l'arbitre qui doit se sentir nécessairement libre de rendre sa sentence¹²⁹ ; soit parce qu'elle ne rend pas compte de la complexité de la situation de l'arbitre et des pouvoirs qui lui sont reconnus¹³⁰. En réalité, ce malaise des contractualistes confrontés à la question de la qualification du contrat d'arbitre s'explique tout simplement par le fait que la seule qualification contractuelle ne suffit pas à rendre compte de l'institution arbitrale.

26. Par la suite, tous les auteurs qui ont proposé une définition de l'arbitrage ont mis au cœur de celle-ci la fonction juridictionnelle des arbitres. Ainsi, à titre d'exemple, lorsque Madame Bernheim-Van de Castele s'intéresse aux principes fondamentaux de l'arbitrage, elle présente « *la notion d'arbitrage* » en commençant par évoquer ce qu'elle nomme le « *caractère juridictionnel* »¹³¹. À cette fin, elle s'appuie sur

¹²⁹ En ce sens, Messieurs Fouchard, Gaillard et Goldman estiment qu'en « *droit français, une telle qualification [celle suivant laquelle l'arbitre est le mandataire des parties] est inacceptable, car l'objet propre du mandat est de conférer au mandataire un pouvoir de représentation (article 1984 du C. civ.). Or, l'arbitre ne "représente" pas les parties, et encore moins celle qui l'a désigné* » (P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *op. cit.*, n°1116, p.22). Adde L. JANDARD, *La relation entre l'arbitre et les parties : critique du contrat d'arbitre*, Thèse dactylographiée, Paris X, 2018, spé. n°7, p.12 ; T. CLAY, *L'arbitre*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001, spé. n°1036, p.776, soulignant que l'arbitre ne peut être un mandataire des parties parce que le lien qu'exige le mandat empêcherait l'arbitre d'aboutir à sa mission qui consiste à rendre la sentence.

¹³⁰ En ce sens, Frédéric-Edouard Klein estime que l'arbitrage est une institution qui se « compose d'une pluralité d'actes d'essence contractuelle s'interpénétrant dans un ensemble très complexe », ce qui en fait une institution « sui generis [qui] peut se suffire à lui-même, sans qu'il soit besoin de le réduire, en le dissociant, à tel ou tel autre type de contrat qui ne peut trouver ici qu'une application imparfaite ». Autrement dit, pour cet auteur, soutenir que l'arbitrage est une institution conventionnelle n'implique pas pour autant de qualifier le contrat qui lie l'arbitre (F.-E. KLEIN, *op.cit.*, n°115, p.203).

¹³¹ L. BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, Bruylant, 2012, spé. n°16, p.50.

les travaux de Messieurs Clay¹³² et Jarrosson¹³³ qui, tous deux, font de la fonction juridictionnelle confiée à l'arbitre un trait caractéristique de l'arbitrage. En ce sens, Monsieur Jarrosson définit l'arbitrage comme « *l'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci* »¹³⁴.

Ce caractère est donc un élément central de la définition de l'arbitrage. Penser l'arbitrage sans prendre la mesure de la fonction juridictionnelle des arbitres, c'est nécessairement restreindre l'institution, dans un sens qui n'est pas conforme à la réalité. Au-delà, l'existence d'une fonction juridictionnelle de l'arbitre est également un critère qualifiant qui permet de distinguer l'arbitrage d'institutions voisines.

b. L'importance du caractère juridictionnel de l'arbitrage dans la distinction entre l'arbitrage et les notions voisines.

27. De nombreuses institutions de source conventionnelle sont très proches de l'arbitrage avec lequel elles partagent d'être des « *mécanismes alternatifs à la justice étatique en ce qu'ils tentent d'éviter les affres des procédures judiciaires* »¹³⁵. Ces modes alternatifs de règlement des conflits répondent à une définition commune : « *l'expression désigne les modes, principalement pacifiques, de règlement des conflits, c'est-à-dire ceux qui visent à mettre les parties d'accord sur la solution et qui ont en commun le plus souvent de faire intervenir un tiers et de se démarquer du système juridictionnel. Dans la grande majorité des cas, la solution n'est obligatoire que lorsqu'elle a été connue et acceptée par les parties. Enfin, la notion de litige, de conflit ou de différend doit ici recevoir une acception très large, puisqu'elle doit englober les difficultés qui surgissent lors de l'exécution d'un contrat et sur lesquelles les parties n'ont pas encore nécessairement émis de prétentions* »¹³⁶. Ainsi, la proximité entre l'arbitrage et ces modes alternatifs se traduit à différents titres.

¹³² T. CLAY, *L'arbitre*, *op. cit.*, n°60 et s., p.43 et s.

¹³³ C. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 198, 1987, spé. n°785.

¹³⁴ Ibid.

¹³⁵ C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°2, p.13.

¹³⁶ C. JARROSSON, « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », *RIDC*, 1997, n°2, p.325 et s., spé. p.329-330.

D'une part, les modes alternatifs ont une proximité institutionnelle avec l'arbitrage, avec lequel ils partagent certains acteurs. En effet, ces modes alternatifs de règlement des conflits intéressent les grands centres d'arbitrage : nombre des grandes institutions arbitrales, telles que la CCI, le CAREN ou encore l'*Association for international arbitration*, ont établi, outre leur règlement d'arbitrage, des règlements de médiation et de conciliation, forme classique s'il en est d'*Alternative Dispute Resolution*¹³⁷. Ainsi, ceux qui ont fait de l'arbitrage une spécialité s'intéressent à d'autres modes alternatifs¹³⁸, au sens commun du terme, à la justice étatique¹³⁹.

D'autre part, les institutions de source conventionnelle peuvent être proches de l'arbitrage par leur dénomination : certaines de ces institutions arborent des dénominations usant du terme arbitrage. On pense par exemple à la « médiation-arbitrage », à l'arbitrage conventionnel de l'ancien article 1592 du Code civil¹⁴⁰, ou encore à celui que l'on appelle, par le fruit d'une traduction littérale, l'arbitrage baseball¹⁴¹. Toutefois, la dénomination donnée à ces institutions ne suffit pas à trancher la question de leur nature¹⁴².

28. Certes, les modes alternatifs de règlement de conflit se rapprochent de l'arbitrage, au point de pouvoir laisser penser qu'ils en sont des variations : tous visent à

¹³⁷ Il va de soi que la médiation et la conciliation ne sont pas les deux seuls modes alternatifs de règlement des conflits. Cette catégorie des MARC est ouverte (en ce sens, C. JARROSSON, « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », *op. cit.*, p.329). Les MARC sont très divers au sein d'un même ordre juridique mais également d'un ordre juridique à un autre (en ce sens, C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°2, p.14).

¹³⁸ Pour une critique de la pertinence du terme « alternatif », v° C. JARROSSON, « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », *op. cit.*, p.328.

¹³⁹ Certains parlent s'agissant des modes alternatifs de règlement des conflits de « justice contractuelle » (en ce sens, v° J.-B. RACINE (dir.), *Pluralisme des modes alternatifs de résolutions des conflits, pluralisme du droit*, GIP Justice, L'Hermès, 2002, spé. p.8).

¹⁴⁰ Dans sa rédaction antérieure à la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

¹⁴¹ Cet arbitrage baseball peut encore être appelé « *arbitrage de la dernière offre* » en anglais (FOA pour « *final offer arbitration* » ou encore LOA pour « *last offer arbitration* »). Parfois, il est désigné comme arbitrage pendulaire (*pendulum arbitration*) ou encore comme arbitrage flip-flop (*flip flop arbitration*).

¹⁴² Rappelons ici que le juge n'est pas lié par la qualification que les parties ont donnée dans leur convention pour déterminer s'il s'agit ou non d'arbitrage (CA Paris, 7 février 2002, *SA Alfac c/ Sté Irmac Importacao*, *Rev. arb.*, note F. FOUCHARD). Il doit, pour se prononcer sur la nature arbitrale de la convention des parties, s'intéresser à la nature de la mission confiée au tiers. Pour des illustrations, v° CA Paris, 19 mars 1962, *Rev. arb.*, 1963, p.139; Civ. 2^e, 23 septembre 1998, n° 96-22.526. *Adde* sur ce point A. MOURRE, « Référé pré-arbitral de la CCI : to be or not to be a judge... », *Gazette du Palais*, 29 mai 2003, p.5 et s.

résoudre un conflit¹⁴³. Pour autant, l'un des caractères consubstantiels à l'arbitrage fait défaut aux modes alternatifs de règlement des conflits, et exclut leur assimilation.

En effet, l'arbitrage est « *un mode juridictionnel et non pacifique de règlement des litiges* »¹⁴⁴. Il comporte une dimension juridictionnelle qui fait défaut aux modes alternatifs. La décision de l'arbitre s'impose aux parties. Elle n'est pas le fruit d'un consensus. Elle n'a pas à être acceptée par les parties pour s'imposer à elles. Cette dimension juridictionnelle irréductible est précisément le critère qui permet de distinguer l'arbitrage proprement dit de certaines institutions qui en empruntent, faussement, la dénomination. On pense en particulier à l'arbitrage conventionnel et à l'arbitrage baseball.

29. S'agissant d'abord de l'arbitrage conventionnel, il désigne la possibilité, prévue par l'ancien article 1592 du Code civil¹⁴⁵, de laisser la détermination du prix de vente « *à l'arbitrage d'un tiers ; si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente* ». Ce texte prévoit ce qu'on appelle communément la fixation du prix « *à dire d'expert* », mais visait expressément, dans son ancienne version, le recours à « *l'arbitrage d'un tiers* ». Pour autant, s'agissait-il d'un arbitre ? Peut-on parler d'un arbitrage pour la fixation du prix d'un contrat de vente ?

Si ces questions méritaient d'être posées, au regard de la proximité de vocabulaire, la réponse est en réalité connue. L'expert visé par le texte n'est pas un arbitre¹⁴⁶. L'arbitrage conventionnel n'est donc pas un arbitrage. En effet, ce tiers intervient comme appui à la détermination d'un élément de formation du contrat de vente : le prix¹⁴⁷. Ainsi, ce tiers n'aura nullement à trancher un litige mais simplement un

¹⁴³ Madame Mitrovic souligne que « par ailleurs ce critère (celui de l'exigence d'un litige) convient aussi bien à l'arbitrage qu'à des notions voisines, de sorte qu'il doit nécessairement être combiné à d'autres critères aux fins d'en déduire une qualification » (L. MITROVIC, « Arbitrage baseball : arbitrage ou mode alternatif de règlement ? », *Rev. arb.*, 2003, p.1167 et s., spé. p.1181).

¹⁴⁴ C. JARROSSON, « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », *op. cit.*, p.329.

¹⁴⁵ La loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle a modifié l'article 1592 du Code civil qui désormais prévoit qu'« *il peut cependant être laissé à l'estimation d'un tiers ; si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente* ». La disparition du mot arbitre du texte permet de lever tout doute sur la réalité de la qualité d'arbitre de celui qui pouvait estimer le prix. Ce retrait du texte correspond à la jurisprudence établie en cette matière de fixation du prix à dire de tiers.

¹⁴⁶ Cela est confirmé par le nouvel article 1592 du Code civil tel qu'il ressort de la modification issue de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

¹⁴⁷ En droit français, l'accord sur le prix, est avec celui sur la chose, un élément déterminant de la formation du contrat de vente. Il faut néanmoins préciser que le recours à la fixation du prix par un tiers ne se voit pas que dans les contrats de vente au sens strict mais aussi dans des contrats de cession d'actions ou même dans des baux commerciaux (v° par ex. Civ. 3^e, 4 mars 1998, n° 96-16.671).

désaccord de fait. Il n'est qu'« *un mandataire commun des parties qui, en fixant le prix, va combler une lacune essentielle du contrat* »¹⁴⁸.

Avant d'aboutir à l'article 1592 du Code civil dans sa rédaction actuelle, qui apporte une modification conforme à la doctrine et à la jurisprudence en la matière, la question de la qualification de ce tiers en arbitre avait été de nombreuses fois soulevée par les juges du fond. L'enjeu était de taille : la qualification d'arbitre, soutenue par l'une des parties en litige, visait généralement à voir appliquer les dispositions propres à l'arbitrage en matière de fixation du prix à dire d'expert. Ainsi, dans une espèce concernant une cession d'actions, les parties avaient inséré dans l'acte de cession une clause selon laquelle, en cas de désaccord entre les cédants et le cessionnaire sur la valeur des actions, ce différend serait tranché par la société KPMG, désignée « *en qualité de mandataire commun conformément aux dispositions de l'article 1592 du code civil* ». Dans l'impossibilité de se mettre d'accord sur la valeur des actions, les parties avaient alors, logiquement et conformément au contrat qui les liait, eu recours « *à l'arbitrage d'un tiers* » pour fixer ce complément de prix. Une des parties, estimant le prix trop faible, souhaita remettre en cause « l'arbitrage du tiers ». À cette fin, elle a soutenu que le rapport du tiers constituait une sentence arbitrale et qu'elle pouvait donc être contestée par la voie de l'appel¹⁴⁹.

Interprétant le contrat, la cour d'appel de Douai¹⁵⁰ avait alors considéré que la décision du tiers s'analysait effectivement en une sentence arbitrale rendant possible la formation d'un recours à son encontre. Pour cela, elle avait retenu que « *la mission conférée à l'arbitre n'a pas pour objet de chiffrer des valeurs sur lesquelles les parties s'étaient accordées, mais de le saisir afin qu'il résolve les litiges qui naîtraient entre elles du fait d'une divergence de vue sur la réalisation des conditions régissant l'application des compléments de prix et la défalcation de créance stipulés au contrat* ». A l'appui de sa

¹⁴⁸ C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 23, p. 34-35 ; dans le même sens, v° M. MIGNOT, *Encyclopédie JurisClasser Civil Code*, v° Fasc. Unique : Vente – Nature et forme – Prix et Frais, 2015, spé. n°63 ; P. REMY, « Clause de fixation par un expert ; application de l'article 1592 du Code civil ; distinction du mandat, de l'expertise et de l'arbitrage », *RTD Civ.*, 1991, p.356, note sous Com., 26 juin 1990, n° 88-14.444, *Bull IV*, n° 197 ; J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Droit des contrats spéciaux*, LexisNexis, 10e édition, 2019, spé. n°129, p.127-128.

¹⁴⁹ La recherche d'une voie de recours était l'un des enjeux de la qualification d'arbitre de ce tiers estimateur. En effet, s'il était qualifié d'arbitre, sa décision était alors une sentence laquelle pouvait être, si le litige était national, frappée d'appel. À l'inverse, si le tiers estimateur n'était pas qualifié d'arbitre, sa décision ne pouvait être frappée d'appel. Donc, lorsqu'il s'agissait de remettre en cause l'estimation opérée par ce tiers estimateur, la qualification de sentence apparaissait comme déterminante pour faire aboutir la contestation.

¹⁵⁰ CA Douai, 18 décembre 2008 cité in Com., 16 février 2010, n°09-11.586, *Bull IV*, n°39

décision, elle avait également relevé que « *la mention insérée au compromis, selon laquelle la décision de l'arbitre liera définitivement les parties, renvoie les cocontractants à l'autorité de la chose jugée dont la sentence arbitrale est assortie* ».

Saisie, la Cour de cassation a censuré l'arrêt d'appel en considérant que « *le tiers désigné par les parties avait reçu de celles-ci mission, non d'exercer un pouvoir juridictionnel, mais de procéder sur des éléments de fait à un constat s'imposant aux parties* »¹⁵¹. Un commentateur a pu relever que le tiers estimateur n'est pas un arbitre car il ne résout pas un litige mais une « *simple opposition d'intérêts (...) [qui] porte seulement sur des éléments de fait n'appelant aucune appréciation en droit* »¹⁵². En effet, pour la Cour de cassation, l'expert qui fixe le prix n'a pas de pouvoir juridictionnel, car son rôle se limite à constater des éléments de fait, et nullement à faire application de règles de droit. Il s'en déduit, *a contrario*, que l'arbitre est celui qui applique le droit, tandis que l'expert se contente d'opérer un constat de fait. En somme, pour la Haute juridiction, celui qui se borne à dire le fait ne dit pas le droit. Il ne peut pas être un arbitre, faute de pouvoir juridictionnel, quand bien même sa désignation repose sur la volonté des parties.

C'est la raison pour laquelle la nouvelle formulation de l'article 1592, dans sa rédaction issue de la loi du 18 novembre 2016, a été épurée de toute référence à un quelconque arbitrage. Cette évolution démontre bien que ce n'est pas la dénomination de l'institution qui fait l'arbitre ; c'est la fonction juridictionnelle.

30. S'agissant ensuite de l'arbitrage baseball, le même constat peut être effectué. En effet, on retrouve, dans ce mode de règlement des conflits, l'importance du critère de la fonction juridictionnelle pour trancher la question de la qualification de l'institution. L'arbitrage baseball est né aux Etats-Unis au début du XXe siècle, précisément en 1908¹⁵³. Initialement, les parties recouraient à cet arbitrage pour des litiges liés à des problématiques de droit du travail, et, plus précisément, pour trancher des contentieux qui se cristallisaient autour de divergences salariales¹⁵⁴, spécifiquement

¹⁵¹ Com., 16 février 2010, n°09-11.586, *Bull IV*, n°39.

¹⁵² P. REMY, « Clause de fixation par un expert ; application de l'article 1592 du Code civil ; distinction du mandat, de l'expertise et de l'arbitrage », *op. cit.*

¹⁵³ Pour une étude plus approfondie de l'histoire de l'arbitrage baseball, voir L. MITROVIC, *op. cit.*

¹⁵⁴ En ce sens, v° O. CAPRASSE, « L'instance arbitrale et le temps », in *L'arbitre et le juge étatique, Études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia* (dir. A. SALETTI, J. VAN COMPENOLLE et J.-F. VAN DROOGHENBROECK), Bruylant, 2014, p.19 et s., spé. n°11, p.24.

au sujet des sportifs professionnels américains. Par la suite, il n'a eu de cesse de s'étendre. Aujourd'hui, on peut le trouver en matière de transport¹⁵⁵, d'assurance ou de réassurance, de passif environnemental¹⁵⁶, en matière immobilière, pétrolière¹⁵⁷, fiscale¹⁵⁸ ou encore dans le domaine du contrôle des concentrations¹⁵⁹, voire dans les domaines bancaires et financiers¹⁶⁰.

Outre ses domaines spécifiques d'application, l'arbitrage baseball répond à une méthode particulière pour trancher le litige. En effet, dans ce mode de règlement, les parties en présence, le salarié d'un côté¹⁶¹, l'employeur de l'autre, proposent au tribunal arbitral leurs prétentions financières respectives. Chacune des parties découvre donc les ambitions financières de l'autre au moment de les exposer à l'instance. S'en suit alors une audience au cours de laquelle, de manière contradictoire, chacun expose ses arguments. L'« arbitre » se prononce en faveur de l'un des deux montants, « *sans possibilité d'apprécier ni son bien-fondé, ni de proposer un montant représentatif d'un compromis entre les positions respectives des parties* »¹⁶². Autrement dit, l'« arbitre »

¹⁵⁵ La partie IV de la loi canadienne sur les transports (le paragraphe 161 du « *Canada transportation act* » intitulé « *Submission for final offer arbitration* ») prévoit une procédure d'arbitrage baseball pour le règlement des contentieux opposant les transporteurs et les expéditeurs ou les intermédiaires quant au prix et au niveau de service (accessible sur www.otc.gc.ca).

¹⁵⁶ En ce sens, v° L. MITROVIC, *op. cit.*, p.1174, évoquant un contentieux de dépollution tranché par le recours à un arbitrage baseball.

¹⁵⁷ En ce sens, v° L. MITROVIC, *op. cit.*, p.1174, évoquant l'insertion par deux parties (l'État de l'Alaska et la société Atlantic-Richfield Company), dans un protocole transactionnel venant mettre un terme à un litige relatif à un calcul de redevance, un « *FOA* ».

¹⁵⁸ Pour des illustrations de recours à l'arbitrage baseball dans les différentes matières désignées, voir L. MITROVIC, *op. cit.*, p.1174-1176.

¹⁵⁹ Une décision de la commission européenne *Dow Chemicals c/ Union Carbide*, (CJCE, 14 septembre 2001, *Dow Chemicals c/ Union Carbide*, Affaire M.1671) fait état de ce que les parties avaient conclu un arbitrage baseball dont l'objectif était d'arrêter les modalités de cession d'une des activités de *Dow Chemicals*. Aussi pouvait-on lire dans la lettre d'engagement : « *Each party shall submit a single proposal for the terms of the License to an arbitration panel. The arbitration panel will be constituted of three individuals, one arbitrator selected by each of the parties and the chair selected jointly by these two arbitrators. This arbitration panel must select one of the two submitted proposals in its entirety* ». De même, dans une décision *Shell/BASF/JV Nicole*, on peut lire « *Pursuant to such arbitration each party will submit a single proposals for the consideration for such Licence or Non-Assert to the arbitration panel which can only decide in favour of one of the two submitted proposals in its entirety* » (CJCE, *Shell/ BASF/ JV PROJECT NICOLE*, 29 mars 2000, Case n°comp/M.1751; pour une présentation de cette décision v° L. IDOT, « Une innovation surprenante : l'introduction de l'arbitrage dans le contrôle communautaire des concentrations », *Rev. arb.*, 2000, p. 591).

¹⁶⁰ En ce sens, v° L. MITROVIC, *op. cit.*, p.1169.

¹⁶¹ Historiquement, le salarié était un joueur de baseball, et l'employeur, son club. Cela explique la dénomination d'arbitrage « baseball » (en ce sens, v° C. JARROSSON, « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », *op. cit.*, n°21, p.332).

¹⁶² L. MITROVIC, *op. cit.*, p.1169.

baseball va faire droit à une demande et rejeter l'autre. N'ayant pas le pouvoir de pondérer les prétentions¹⁶³, il se contente d'en faire triompher une dans son intégralité.

D'aucuns se sont interrogés sur la qualification de cette institution, notamment parce que cette question conditionne celle de la nature de la décision rendue, donc des voies de recours possibles¹⁶⁴. Ainsi, soit cette institution est un arbitrage, et la décision est une sentence, susceptible d'appel¹⁶⁵ ; soit il s'agit d'un mode alternatif de règlement des conflits, et la décision est une convention, insusceptible de voie de recours. Ici encore, le point clé de la qualification tient dans la nature de la mission confiée à cet « arbitre ». Est-il doté d'une fonction juridictionnelle ? L'arbitrage baseball ne sera véritablement un arbitrage que si la réponse à cette question centrale est positive. Or, ce point n'a pas encore été tranché par la jurisprudence, mais il est débattu. Du fait de l'absence de pouvoir modérateur de l' « arbitre », Monsieur Jarrosson, notamment, a contesté la qualification d'arbitrage de cette institution : « *L'arbitrage baseball pose d'abord des difficultés de qualification, puis de réalisation ; Le tiers qui ne peut que choisir entre deux solutions préalablement fixées par les parties elles-mêmes est-il vraiment un arbitre ? N'y a-t-il pas là une atteinte au cœur même de son pouvoir juridictionnel ?* »¹⁶⁶. L'existence même de ce débat prouve l'importance de la dimension juridictionnelle de

¹⁶³ Il ne faudrait pas grossir le trait. S'il est vrai que l'arbitre n'a ici aucun pouvoir de modulation, ce qui lui impose d'accepter ou de rejeter entièrement les prétentions des parties, il n'est pas pour autant obligé d'accepter toutes les prétentions d'une partie et de rejeter toutes les prétentions de l'autre. En réalité, les parties décideront dans leur contrat de l'étendue de la mission de l'arbitre, ce qui tend d'ailleurs à renforcer la source contractuelle du pouvoir de l'arbitre. Il sera parfois obligé d'accepter l'intégralité des prétentions de l'une des parties, et incidemment rejeter intégralement les prétentions de l'autre partie ; on parle alors de *Package FOA*. Dans d'autres hypothèses, il ne sera pas obligé d'accepter toutes les prétentions. En effet, dans le *Issue-by-issue FOA*, l'arbitre peut donner raison à une partie sur un point et tort sur un autre. Dans cette variante, l'arbitre s'intéressera à chacune des prétentions et donnera raison à une partie sans tenir compte de ce qu'il aura décidé quant aux autres prétentions. Il existe encore d'autres variantes qui ont toutes en commun d'aménager la façon dont la prétention doit être formulée par les parties. Il est possible que les parties décident de formuler des offres inconnues par l'arbitre. Dans une telle version, l'arbitre se fera d'abord son propre avis, et, seulement ensuite, il choisira la prétention de la partie qui est la plus proche de la sienne. On parle alors de *Concealed final offer* ou *night-time baseball*. Il est aussi possible de choisir un mécanisme dans lequel les parties font deux offres, *Dual final offers*, ou encore de demander l'avis à un tiers indépendant, *Independant fact-finder*. Il est enfin possible pour les parties de décider d'une « fourchette », et ainsi de forcer l'arbitre à ne pas condamner à une somme supérieure ou inférieure à celle sur laquelle les parties se sont mises d'accord ; il s'agit du *Bounded ou High-low baseball arbitration*. Sur toutes ces variantes, v° L. MITROVIC, *op. cit.*, p.1170.

¹⁶⁴ On retrouve ici le même enjeu que celui qui présidait au débat sur la qualification à donner au tiers estimateur de l'article 1592 du Code civil.

¹⁶⁵ Il faut ici préciser que l'appel n'est possible qu'à l'encontre des sentences internes et uniquement si les parties ont exprimé leur volonté en ce sens, conformément aux dispositions de l'article 1489 du Code de procédure civile dans sa rédaction issue du décret n°2011-48 du 13 janvier 2011. Depuis ce même décret, l'article 1518 du Code de procédure civile énonce que l'appel est irrecevable contre une sentence internationale.

¹⁶⁶ C. JARROSSON, « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », *op. cit.*, n°52, p.345.

l'arbitrage. Il démontre que l'arbitrage ne peut être pensé sans évoquer la fonction juridictionnelle de l'arbitre, puisque c'est précisément le pouvoir juridictionnel qui est retenu comme critère qualifiant de l'arbitrage. Cette prégnance de la dimension juridictionnelle de l'arbitrage suffit à mettre en lumière toutes les limites de la théorie moniste contractualiste, qui dénie tout aspect juridictionnel à l'arbitrage.

On le voit donc bien, penser l'arbitrage sans évoquer la fonction juridictionnelle de l'arbitre revient à nier la spécificité de l'arbitrage en le confondant avec des institutions qui, tout en étant proches de l'arbitrage, ne se confondent pas avec lui. Ainsi, en niant l'aspect juridictionnel de l'arbitrage, la doctrine contractualiste en retient une vision erronée, passant sous silence un élément essentiel qui fait toute la singularité de l'institution arbitrale. C'est la raison pour laquelle elle n'a pas prospéré.

Parallèlement à cette approche contractualiste, une partie de la doctrine a développé une autre conception moniste, centrée uniquement autour de la fonction juridictionnelle de l'arbitre. Tout comme la conception purement contractuelle, cette approche présentait des insuffisances qui ont conduit à son rejet.

§2) Le rejet d'une conception purement juridictionnelle de l'arbitrage

La conception moniste juridictionnaliste, ancienne, était particulièrement répandue jusqu'à la fin de la première moitié du XXe siècle. Elle appréhendait l'arbitrage sous son seul aspect juridictionnel. Ce faisant, elle niait sa dimension contractuelle ou, à tout le moins, la minorait de manière conséquente. Les arguments avancés en faveur de cette approche (A) ont, là encore, été balayés par les arguments opposés (B).

A) Les arguments en faveur d'une conception purement juridictionnelle de l'arbitrage

31. Pour les nombreux défenseurs¹⁶⁷ de cette conception moniste selon laquelle l'arbitrage serait uniquement une institution juridictionnelle, que Motulsky appelait les

¹⁶⁷ Pour une liste exhaustive des auteurs se rattachant à la thèse juridictionnaliste, ainsi qu'une évocation de leurs divergences, v° T. CLAY, *L'arbitre*, op. cit., n°80-81, p.64-67 ; M. HENRY, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, op. cit., n°27, p.13 et 14.

« décisionnistes », que nous appelons les « juridictionnalistes », l'arbitrage ne peut être défini qu'à l'aune de l'élément juridictionnel qui le compose. En effet, pour les tenants de cette théorie, « *l'arbitrage s'épuise dans sa nature de juridiction* »¹⁶⁸. Ainsi, l'aspect juridictionnel de l'arbitrage n'en serait pas qu'une simple composante¹⁶⁹ ; il serait l'élément déterminant de la nature même de l'arbitrage.

Cette analyse s'appuie essentiellement sur deux séries d'arguments : le premier repose sur une assimilation de la justice arbitrale à la justice étatique (1) ; le second, sur une assimilation du juge à l'arbitre (2).

1. L'assimilation prétendue de la justice arbitrale à la justice étatique

32. L'assimilation de la justice arbitrale à la justice étatique s'appuie, d'abord, sur des arguments textuels tirés d'une analyse sémantique des textes applicables à l'arbitrage. C'est ce que signale très clairement Motulsky dans ses écrits : « *les arguments essentiels [des décisionnistes] sont tirés de la nature de la mission et de l'agencement de l'arbitrage en droit positif: la loi parle de « litige », des « parties », « du jugement arbitral » ; elle oblige l'arbitre à « décider suivant le Droit ou sa conscience, c'est-à-dire à juger »* »¹⁷⁰. Or, ces termes sont ceux propres aux juridictions étatiques, qui remplissent la mission juridictionnelle de l'État¹⁷¹. Ainsi, il n'y a pas deux champs lexicaux, mais un seul, qui sert à décrire tant la justice étatique que la justice arbitrale. Cette unicité de vocable témoigne, selon les juridictionnalistes, que la justice étatique et la justice arbitrale ne font qu'un, qu'elles sont parties intégrantes de la même justice, les fruits d'un même arbre.

33. Cette proximité sémantique se prolonge ensuite avec l'affirmation suivant laquelle la justice arbitrale serait une forme de justice prévue par l'État. Il y aurait donc une justice organisée par l'État qui impliquerait la mise en œuvre, au choix des

¹⁶⁸ H. MOTULSKY, « La nature de l'arbitrage », in *Écrits, Etudes et notes sur l'arbitrage* (H. MOTULSKY), Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2009, p.5 et s., spé. n°5a), p. 7.

¹⁶⁹ On verra que c'est en ce sens que la doctrine moderne perçoit aujourd'hui l'arbitrage.

¹⁷⁰ H. MOTULSKY, « La nature de l'arbitrage », *op. cit.*, spé. n°5 a), p.7.

¹⁷¹ La méthode a de quoi séduire. D'ailleurs, certains auteurs défendant une théorie moderne de l'arbitrage, dualiste, raisonnent, pour démontrer le caractère juridictionnel de l'arbitrage, de la même façon. Cela leur permet de conclure qu'avec le décret du 11 janvier 2011, la dimension juridictionnelle a été renforcée (en ce sens, v° B. MOREAU, A. BEREGOI, R. DESCOURS-KARMITZ, P.-E. MALLET, A. LELEU, *op. cit.*, n°22).

justiciables, d'une justice publique ou d'une justice arbitrale. En ce sens, les juridictionnalistes considèrent « *l'arbitrage comme une émanation spécifique de l'administration de la justice qui relèverait en principe des seules juridictions d'État. Dans une telle vision, l'arbitrage devrait être entièrement gouverné par les principes dirigeant l'organisation judiciaire* »¹⁷². L'arbitrage participerait ainsi, tout comme les tribunaux étatiques, à la réalisation de la justice, ou plutôt à la réalisation de la même justice. Le justiciable qui veut voir dit « *son bon droit* » dispose d'un choix quant au juge, étatique ou arbitral, devant lequel il souhaite que sa cause soit entendue. Il pourra se tourner indifféremment vers l'un ou l'autre, puisque le juge comme l'arbitre ont pour mission de rendre la justice¹⁷³.

Synthétisant cette doctrine, René David énonce que « *la juridiction des arbitres ne peut être admise que si elle est intégrée à l'organisation de ce service. La décision de l'arbitre est un jugement rendu à la suite d'une procédure ; on ne peut contester son caractère juridictionnel* »¹⁷⁴. D'autres ont été encore plus loin. Ainsi, un comparatiste suisse, Max Guldener, affirme que « *les juridictions arbitrales exercent, habilitées à ce faire par la loi, des fonctions qui complètent au souverain, et constituent une partie intégrante de l'organisation judiciaire étatique* »¹⁷⁵. Pensé comme une institution de nature exclusivement juridictionnelle, l'arbitrage constitue, pour cet auteur, une branche de l'administration de la justice car « *l'exercice de la fonction arbitrale [est incluse] dans le giron de l'activité juridictionnelle de l'État (laquelle peut être déléguée, notamment aux arbitres)* »¹⁷⁶. Celui qui exprime cette idée de la manière la plus explicite est encore Monsieur Henry lorsqu'il s'attèle à la présentation de cette doctrine moniste :

¹⁷² M. HENRY, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, op. cit., n°26, p.13 ; dans le même sens, F.-E. KLEIN, op. cit., n°105, p.182.

¹⁷³ Il convient ici de souligner qu'à la période révolutionnaire, l'assemblée constituante, en pleine défiance contre la justice de l'ancien régime avait élevé « *à la hauteur constitutionnelle* » la justice arbitrale (L.-F. PIGNARRE, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, v° Convention d'arbitrage, 2013, spé. n°9). D'ailleurs, allant plus loin encore dans l'assimilation de l'arbitrage à la justice étatique, la Convention, par le décret des 16 et 24 août 1790, remplaça le titre de juge par celui d' « arbitres publics ». Titre que certains n'ont pas hésité à qualifier de « *ridicule* » (E. LOQUIN, *Encyclopédie JurisClasser Procédure civile*, v° Fasc. 1010 : Arbitrage – Aperçu historique - Aperçu de droit comparé, 2013, spé. n°19), mais qui tend néanmoins à montrer qu'au cours de son histoire, l'arbitrage a été assimilé à la justice de l'État : les arbitres n'étaient plus des juges, mais les juges, des arbitres. L'assimilation a été jusqu'à faire de l'arbitrage le modèle de la justice étatique. Ce faisant, la constituante a été encore plus loin que la doctrine juridictionnaliste.

¹⁷⁴ R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, 1982, spé. n°83, p.107.

¹⁷⁵ M. GULDENER, *Das Schweizerisches Zivilprozessrecht* (Le droit suisse de procédure civile), Zurich, Schulthess, 3^e édition, 1979, spé. p.36.

¹⁷⁶ Ibid.

« l'arbitrage [est] une émanation spécifique de l'administration de la justice qui relèverait en principe des seules juridictions d'État »¹⁷⁷.

Pour ces tenants d'une conception purement juridictionnelle, la composante juridictionnelle de l'arbitrage emporte donc avec elle la nature de l'arbitrage et, par là-même, son appartenance à l'autorité judiciaire. La composante juridictionnelle de l'arbitrage tient, dans cette conception, une place primordiale qui occulte tout aspect contractuel.

34. Pour autant, cette doctrine favorable à la nature juridictionnelle de l'arbitrage n'est pas uniforme. En effet, elle comporte des défenseurs plus ou moins « extrémistes »¹⁷⁸ : certains vont jusqu'à nier les aspects conventionnels de l'arbitrage, tandis que d'autres, plus mesurés, reconnaissent que l'arbitrage, malgré son caractère juridictionnel, repose également sur certains éléments de nature contractuelle. De fait, si la loi use, lorsqu'elle s'intéresse à la procédure arbitrale, de termes qui sont clairement empruntés au domaine du juridictionnel, elle mentionne aussi des termes qui renvoient au champ du contrat. Ainsi, tous les juridictionnalistes ne nient pas le fait que l'arbitrage ait besoin de recourir à des mécanismes empruntés au droit des obligations¹⁷⁹. Ils reconnaissent l'existence de contrats dans la procédure arbitrale. Ils estiment cependant que ces éléments n'ont qu'un rôle limité qui n'influe pas sur la qualification de l'arbitrage.

Pour ces auteurs, l'accord de volontés, source de l'arbitrage, est « réduit au rang d'"acte déclencheur" et s'efface devant la mission de l'arbitre »¹⁸⁰. Autrement dit, cette convention, absolument indispensable à la réalisation d'une procédure d'arbitrage, n'existe que comme élément initiateur de la procédure arbitrale. Contractuelle par sa forme, elle est juridictionnelle par son but. Sa finalité est donc de procéder au déroulement d'une instance juridictionnelle arbitrale, de sorte qu'elle n'est qu'un rouage participant d'un ensemble plus grand. Suivant cette logique, la volonté de recourir à une procédure arbitrale est si forte dans la « cause » de formation de ce contrat qu'elle suffit, en réalité, à empêcher que l'institution arbitrale revête une autre composante que la

¹⁷⁷ M. HENRY, Le devoir d'indépendance de l'arbitre, *op. cit.*, spé. n°26, p.13.

¹⁷⁸ *Ibid.*, n°29, p.14.

¹⁷⁹ Pour une présentation inverse selon laquelle la théorie juridictionnelle « ne prend pas en compte les composantes contractuelles de l'arbitrage », v° B. MOREAU, A. BEREGOI, R. DESCOURS-KARMITZ, P.-E. MALLET, A. LELEU, *op. cit.*, spé. n°19.

¹⁸⁰ Présentant la conception purement juridictionnelle, v° L.-F. PIGNARRE, *op. cit.*, spé. n°21.

composante juridictionnelle. En d'autres termes, une procédure d'arbitrage se met en mouvement, non pas par la demande introductive d'instance, à l'instar des juridictions étatiques françaises, mais par une suite d'actes au sein desquels la convention d'arbitrage tient bonne place¹⁸¹. En somme, si la convention d'arbitrage est évidemment un contrat, elle ne serait qu'une technique, un moyen pour mettre en œuvre l'institution juridictionnelle qu'est l'arbitrage.

En ce sens, Jean-Paulin Niboyet et Antoine Pillet, fervents défenseurs d'une approche juridictionnaliste de l'arbitrage, soutiennent : « *On ne considère pas qu'un tribunal devenu compétent en vertu d'une clause d'attribution de juridiction, joue le rôle de mandataire. L'arbitre a des pouvoirs de même nature. Le compromis, acte abandonné à la volonté des parties, met simplement en mouvement l'institution. À partir de ce moment celle-ci se développe de sa vie propre* »¹⁸². L'arbitrage déclenché par un contrat reste une institution juridictionnelle. Tout comme un juge étatique dont la compétence résulterait d'une clause attributive de compétence¹⁸³, la compétence du tribunal arbitral dépend d'une clause d'arbitrage. Si cette logique peut s'appliquer aux juridictions étatiques, il ne peut qu'en être de même pour les juridictions arbitrales. La justice peut être pareillement rendue par les deux types de juridictions, lesquelles peuvent être pareillement désignées compétentes par le biais d'une convention entre les parties. Le

¹⁸¹ La convention d'arbitrage n'est pas le seul acte nécessaire pour la mise en œuvre d'un arbitrage. En effet, la procédure arbitrale ne pourra débiter qu'une fois que les arbitres auront accepté leur mission (en ce sens, B. MOREAU, E. GLUCKSMANN, P. FENG, *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, v° Arbitrage international, 2016, spé. n°133). Parfois même, à cette acceptation de la mission s'ajoute un autre acte matériel qui, sans se substituer à la convention d'arbitrage, peut néanmoins reporter conventionnellement le point de départ du délai de l'arbitrage (Civ. 1^e, 30 mars 2004, n°01-11.951) : l'acte de mission. Ce dernier est notamment visé à l'article 23 du règlement d'arbitrage de la Cour internationale d'arbitrage. D'autres règlements d'arbitrage, tel celui de la *London court of international arbitration* (« LCIA »), aussi appelée en français la *Cour d'arbitrage internationale de Londres* (« CAIL »), prévoit en son article 1er, l'existence d'une « *requête d'arbitrage* » (« *Request for arbitration* »), que la mise à jour du règlement, effective au 1er octobre 2014, n'a pas changé. Cette requête d'arbitrage doit être accompagnée de la convention d'arbitrage. L'article 1.2 du règlement d'arbitrage de la CAIL, précise que « *La date de réception de la requête par le greffier sera considérée comme la date de commencement de l'arbitrage à toutes fins nécessaires ou utiles* ». Ainsi, il existe entre ces deux grands règlements d'arbitrage une différence quant à l'acte matériel qui fait démarrer la procédure arbitrage. Mais il reste qu'il ne peut y avoir de procédure arbitrage sans convention d'arbitrage, ce qui permet de considérer, par simplification, que la convention d'arbitrage est l'élément déclencheur de la procédure arbitrale.

¹⁸² A. PILLET, J.-P. NIBOYET, *Manuel de droit international privé*, Librairie du Recueil, Sirey, 1924, spé. p.924.

¹⁸³ La clause attributive de compétence se définit, en droit international privé, comme la « *clause d'un contrat par laquelle les parties conviennent de soumettre, à une juridiction [étatique, par opposition à la juridiction arbitrale] qu'elles désignent, la connaissance des litiges qui pourraient survenir à l'occasion de ce contrat dérogeant ainsi soit aux règles de la compétence d'attribution (ce qui est licite si elles ne sont pas d'ordre public)* » (G. CORNU, ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 13^e édition, 2020, v° Clause, p.159-162).

choix de l'une ou l'autre reposera alors sur le mode de saisine : si les litigants optent pour la technique de la convention, ils auront alors recours à une justice privée ; s'ils optent pour l'acte introductif d'instance, ils auront alors recours à une justice publique¹⁸⁴.

On le voit, pour ces auteurs, l'arbitrage est une institution par essence juridictionnelle, dont la nature n'est pas remise en cause par la technique contractuelle qui la met en mouvement. Cela conduit les juridictionnalistes à considérer que même les aspects les plus clairement contractuels de l'arbitrage sont recouverts du sceau du juridictionnel. Cette approche s'appuie également sur une assimilation entre l'arbitre et le juge, qui vient prolonger l'assimilation de la justice arbitrale à la justice étatique.

2. L'assimilation prétendue de l'arbitre au juge

L'assimilation de l'arbitre à un juge a été très clairement exprimée par Motulsky à travers le syllogisme suivant : « *dès lors qu'une prétention est soumise à une personne investie par le Droit du pouvoir d'accueillir ou de rejeter cette prétention par application d'une règle de droit, on se trouve devant une juridiction. Or, l'arbitre est par définition, une telle personne habilitée par le Droit à trancher une prétention juridique : il est donc un juge* »¹⁸⁵.

Au-delà, deux considérations, tirées d'une analyse de la jurisprudence, ont été avancées par les juridictionnalistes pour tenter de démontrer que l'arbitre doit être assimilé à un juge. La première repose sur une similarité des décisions rendues par le juge et l'arbitre (a). La seconde s'appuie sur la similarité des statuts respectifs de l'arbitre et du juge (b).

a. La similarité prétendue des décisions rendues

¹⁸⁴ Il faut ici préciser que lorsque la compétence d'un tribunal dépend d'une clause attributive de compétence, il ne change pas que sa saisine se fera nécessairement par un acte introductif d'instance lequel mettra en œuvre la procédure judiciaire devant le tribunal désigné comme compétent par la volonté des parties. En somme, la clause n'a d'effet que sur la compétence et non sur la procédure à suivre devant la juridiction désignée comme compétente par la clause.

¹⁸⁵ H. MOTULSKY, « La nature de l'arbitrage », *op. cit.*, n°3, p.6.

35. Certains juridictionnalistes¹⁸⁶ se sont appuyés sur la jurisprudence pour affirmer que la sentence arbitrale pouvait être assimilée à un jugement. Ils ont en particulier pris appui sur la jurisprudence *Del Drago*¹⁸⁷. Dans cette affaire, qui fait suite à la succession de la reine Marie-Christine de Bourbon d'Espagne, la question s'était posée de savoir si les juridictions françaises étaient compétentes pour accorder l'exequatur à une sentence rendue par des arbitres étrangers. Les juges de la cour d'appel de Paris ont considéré que la sentence étrangère doit suivre la même procédure d'exequatur qu'un jugement étranger. Ils ont estimé que la réception par l'ordre juridique français d'une sentence étrangère doit être la même que celle qui est réservée au jugement étranger. Ce faisant, les juges ont assimilé la sentence arbitrale à un jugement étranger. Ils ont vraisemblablement été influencés, dans cette décision, par la consultation d'un éminent jurisconsulte de l'époque, Lainé, produite à l'appui des écritures de demandeurs. À en croire Frédéric-Edouard Klein, « *cette consultation est un exposé remarquablement détaillé de la thèse qui veut assimiler la sentence arbitrale au jugement* »¹⁸⁸. Les juges se sont donc, semble-t-il, laissés convaincre par cette assimilation.

Il n'en fallait pas plus à certains auteurs¹⁸⁹ pour voir dans cette décision une assimilation de l'arbitre au juge, et renforcer ainsi leur conception de l'arbitrage comme une institution exclusivement juridictionnelle. Leur raisonnement est le suivant : s'il est indubitable que le jugement étranger est le fruit d'une institution juridictionnelle, la justice du pays ayant rendu le jugement, et que la sentence arbitrale s'y assimile, c'est donc que la sentence est un jugement. Dès lors, si l'arbitre a le pouvoir de rendre une sentence qui se confond avec un jugement, c'est donc que l'arbitre s'assimile absolument au juge. On le verra, cette interprétation peut être, et a été, contestée¹⁹⁰.

Néanmoins, la même logique a conduit à assimiler les statuts du juge de l'arbitre.

b. La similarité prétendue des statuts du juge et de l'arbitre

¹⁸⁶ A. PILLET, J.-P. NIBOYET, *op. cit.*, p.924 ; E.-D. GLASSON, A. TISSIER, R. MOREL, *Traité théorique et pratique de procédure civile*, Sirey, tome 5, 1936, n°1821.

¹⁸⁷ Paris, 10 décembre 1901, *Clunet*, 1902, p. 314. Pour une présentation de cet arrêt comme fondateur de la thèse juridictionnaliste, v° B. MOREAU, A. BEREGOI, R. DESCOURS-KARMITZ, P.-E. MALLEY, A. LELEU, *op. cit.*, n° 19 ; M. HENRY, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, *op. cit.*, n°28, p.14.

¹⁸⁸ F.-E. KLEIN, *op.cit.*, n°117, p.209.

¹⁸⁹ A. PILLET et J.-P. NIBOYET, *op. cit.*, p.924 ; E.-D. GLASSON, A. TISSIER, R. MOREL, *op. cit.*, n°1821.

¹⁹⁰ v° *infra*, n°**Erreur ! Source du renvoi introuvable.**

36. Là encore, l'argument est tiré d'une interprétation de la jurisprudence, et précisément de certaines décisions qui ont reconnu une identité entre le statut du juge et celui de l'arbitre sur différents points, ce dont il a pu être déduit que le statut de l'arbitre était assimilé à celui du juge¹⁹¹.

En ce sens, par exemple, le tribunal civil de Toulouse¹⁹² a appliqué aux arbitres une interdiction qui s'appliquait aux juges, à savoir celle d'entretenir un lien de parenté avec d'autres membres du tribunal arbitral. Cette situation constitue, pour le juge comme pour l'arbitre, une cause de récusation. Commentant cette décision, Jean Robert¹⁹³ avait considéré que « *la résolution de cette question amenait donc à dire si les arbitres étaient ou non des juges* ». Pour cet auteur, cette décision traduit donc l'identité de statut entre l'arbitre et le juge et, en conséquence, la consécration jurisprudentielle de la théorie moniste juridictionnaliste. Il considérait en effet que si l'arbitre ne peut avoir de lien de parenté avec un autre membre du tribunal, alors que cette règle n'est applicable qu'au juge, cela signifie forcément qu'il est un juge¹⁹⁴. Autrement dit, l'application à l'arbitre des causes de récusation propres au juge implique que l'arbitre est un juge.

Par la suite, alors même que la théorie purement juridictionnelle avait été dépassée, d'autres arrêts ont pu accréditer cette analyse en assimilant, sur d'autres points, les statuts de l'arbitre et du juge. Ainsi, la cour d'appel de Paris a jugé qu'un arbitre ne peut être entendu comme témoin dans un appel formé contre sa sentence¹⁹⁵, de même qu'un juge ne peut être appelé à l'instance d'appel par une partie qui dénonce une irrégularité de son jugement¹⁹⁶. De la même façon, l'arbitre ne peut faire tierce

¹⁹¹ Monsieur Clay évoque une assimilation indirecte pour ces différentes hypothèses (T. CLAY, *L'arbitre, op. cit.*, n°83, p.67).

¹⁹² Tribunal civil de Toulouse, 3 mars 1892, *DP* 1893, II, 223.

¹⁹³ J. ROBERT, « La clause compromissoire et l'organisation de l'arbitrage », *Recueil Sirey*, 1929, p.51.

¹⁹⁴ *Ibid.* Pour une présentation en ce sens de la position de Jean Robert, v° T. CLAY, *L'arbitre, op. cit.*, n°83, p.67.

¹⁹⁵ En ce sens, v° P. FOUCHARD, « Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française », *Rev. arb.*, 1996, p.325 et s., spéc. n°16, p.332, citant un arrêt de la cour d'appel de Paris du 29 mai 1992, dans lequel la cour a énoncé que l'arbitre a accédé « *au statut de juge par l'effet du contrat d'investiture et il possède donc les mêmes droits et doit respecter les mêmes devoirs qu'un juge, dont l'audition personnelle, dans une instance où il n'est pas partie, n'est pas légalement possible* ».

¹⁹⁶ En ce sens, l'article 181 du Code de procédure civile autorise le juge à entendre « *toute personne dont l'audition pourrait être utile à la manifestation de la vérité* », c'est-à-dire les parties et les tiers qui peuvent être utiles à la manifestation de la vérité. Or, le juge n'est pas un tiers au litige qu'il a tranché (v° N. FRICERO, *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, v° Tierce opposition, 2012, spé. n°62 ; P. FOUCHARD, « Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française », *op. cit.*, n°16, p.332), ce qui l'empêche de pouvoir être entendu dans l'instance qui juge de la validité de sa décision.

opposition à l'arrêt qui annule sa sentence¹⁹⁷, à l'instar du juge qui ne peut faire tierce opposition à la décision qui annule son jugement¹⁹⁸.

37. Le raisonnement tenu par les juridictionnalistes tend à extrapoler ces points communs entre le statut de l'arbitre et celui du juge pour en déduire que l'arbitre serait en tous points assimilable à un juge. C'est là l'un des arguments retenus pour aboutir à la conclusion que, puisque l'arbitre est un juge, c'est que l'arbitrage lui-même est une institution juridictionnelle. En effet, pendant très longtemps l'acteur et l'institution étaient confondus. On trouve plusieurs illustrations de ce lien dans la doctrine, y compris par des auteurs qui ne sont pas monistes mais dualistes. Ainsi, par exemple, Philippe Fouchard, s'interrogeant sur l'institution arbitrale, raisonne sur l'acteur lui-même : « *l'arbitrage peut-il être qualifié de "Magistrature économique" ? Certes, l'arbitre tranche des litiges portant sur des intérêts économiques, mais sa fonction coïncide-t-elle avec celle du magistrat économique (...)* »¹⁹⁹. De la même façon, Monsieur Clay soutient l'idée selon laquelle la définition de l'arbitrage implique de s'intéresser à l'acteur qui met en mouvement l'institution, soulignant que « *le lien entre l'arbitre et l'arbitrage est solide et consacré* »²⁰⁰. Cette assimilation faite par certains auteurs entre les statuts du juge et de l'arbitre leur permet d'asseoir l'argument selon lequel la justice arbitrale est une forme de justice étatique²⁰¹, donc une institution uniquement juridictionnelle²⁰².

Ces différents arguments avancés pour assimiler le juge et l'arbitre s'appuient cependant sur une interprétation de la jurisprudence qui n'a pas fait l'unanimité de la

¹⁹⁷ Bien que n'étant pas un juridictionnaliste, Monsieur Fouchard, commentant cette décision, a énoncé : « De nouveau, la Cour se fonde sur la mission juridictionnelle exercée par l'arbitre ; comme le juge étatique de première instance, il n'a ni qualité ni intérêt pour former une tierce opposition à l'arrêt d'appel censurant sa décision » (P. FOUCHARD, « Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française », *op. cit.*, n°19, p.335-336). Adde Civ. 1^e, 16 décembre 1997, n°95-15.921, énonçant que, nul ne pouvant être juge et partie, « l'arbitre exerce une fonction juridictionnelle, ce qui lui interdit de demander que lui soit déclarée inopposable la décision dont l'objet même était de censurer la sentence à laquelle il avait participé ».

¹⁹⁸ Civ. 2^e, 7 juin 1989, n°88-11.141, *Bull II*, n°125 ; adde en ce sens T. CLAY, *L'arbitre, op. cit.*, n°83, p.67 ; N. FRICERO, *Répertoire de procédure civile, Dalloz*, v° Tierce opposition, 2012, spé. n°62.

¹⁹⁹ P. FOUCHARD, « L'arbitrage. Les règles de procédure face aux problèmes économiques », *Revue internationale de droit économique*, 1997, p.237 ; *Écrits ; Droit de l'arbitrage. Droit du commerce international* (P. FOUCHARD), Comité français de l'arbitrage, 2007, p.195.

²⁰⁰ T. CLAY, *L'arbitre, op. cit.*, n°83, p.67.

²⁰¹ Sur cette assimilation, v° *supra*, n°35 et s.

²⁰² En ce sens, E.-D. GLASSON, A. TISSIER, R. MOREL, *op. cit.*, n°1821.

doctrine. Ils ne l'ont pas emporté face aux arguments soutenus en défaveur de la conception purement juridictionnelle de l'arbitrage.

B) Les arguments en défaveur d'une conception purement juridictionnelle de l'arbitrage

38. La théorie juridictionnaliste présente des insuffisances qui impliquaient son dépassement. Sur le plan de la méthode, d'abord, il peut être reproché aux juridictionnalistes d'avoir raisonné à partir d'une lecture trop extensive de la jurisprudence. En effet, ils s'appuient sur quelques décisions qui assimilent, en certains points précis, l'arbitre au juge, pour en déduire que la jurisprudence aurait consacré une conception purement juridictionnelle de l'arbitrage. Or, le fait qu'il existe des points communs entre l'arbitre et le juge, entre les justices arbitrale et étatique, ne suffit pas à justifier leur assimilation totale. Si la jurisprudence a reconnu que l'arbitrage présente, en certains points, une dimension juridictionnelle, elle n'a pas pour autant tranché en faveur d'une nature exclusivement juridictionnelle de l'institution²⁰³.

Sur le fond, ensuite, la conception juridictionnaliste de l'arbitrage présente l'inconvénient d'occulter les aspects contractuels de l'arbitrage, qui sont pourtant tout aussi présents que ses aspects juridictionnels. En outre, et en tout état de cause, les soubassements de cette approche se sont avérés erronés. Contrairement à ce qui a été soutenu, la justice arbitrale ne peut être confondue avec la justice étatique (1), pas plus d'ailleurs que l'arbitre ne peut être totalement assimilé à un juge (2).

1. L'impossible assimilation de la justice arbitrale à la justice étatique

²⁰³ En ce sens, Monsieur Henry, notamment, estime que les décisions sur lesquelles s'appuient les juridictionnalistes ne peuvent pas être analysées comme emportant la consécration de la thèse juridictionnaliste. Tout au plus permettent-elles de reconnaître l'aspect juridictionnel de l'arbitrage. Pour cet auteur, « *la cour d'appel de Paris en 1901 considère à juste titre que la sentence arbitrale étrangère doit s'analyser comme un jugement ; elle n'en a pas pour autant renié tout caractère contractuel à l'institution d'arbitrage dans son ensemble* » (M. HENRY, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, op. cit., n°29, p.15). Autrement dit, la jurisprudence citée n'aurait pas consacré la conception juridictionnaliste de l'arbitrage, mais seulement souligné la dimension juridictionnelle de l'institution, sans pour autant nier ses aspects contractuels.

39. Suivant la conception juridictionnaliste, la justice arbitrale serait l'une des branches de la justice étatique, aux côtés de la justice publique²⁰⁴. Cette position implique de considérer le tribunal arbitral comme une juridiction prenant sa place, dans l'ordonnement juridictionnel français, aux côtés des juridictions administratives et judiciaires, ou éventuellement au sein de l'un de ces ordres.

Or, tel n'est pas le cas. Le tribunal arbitral n'est pas une juridiction : il ne l'est ni sur le plan interne (a), ni sur le plan européen (b), car il ne bénéficie d'aucune délégation du pouvoir juridictionnel de l'État.

a. L'absence de délégation de pouvoir juridictionnel de l'État aux arbitres en droit interne

40. La réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 a inséré un nouvel article dans la Constitution : l'article 61-1. Ce texte permet au justiciable de soumettre une disposition législative à un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, par le biais de la Cour de cassation ou du Conseil d'État qui ont le pouvoir de transmettre, ou non, la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel. Les conditions d'application de ce mécanisme ont été insérées, par une loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009, dans un chapitre II bis du titre II de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958. L'article 23-1 de cette ordonnance ouvre aux « *juridictions relevant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation* » la possibilité de présenter, dans un écrit distinct et motivé, « *le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution* ». Autrement dit, il ressort de cet article qu'il faut être une juridiction intégrée dans le système juridique français pour pouvoir transmettre une question prioritaire de constitutionnalité.

Dès lors, si le tribunal arbitral était effectivement une juridiction, il devrait être éligible à ce mécanisme et pouvoir saisir le Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité. Or, cette possibilité a été exclue par la Cour de cassation, à l'occasion d'une affaire ayant trait au retrait d'un avocat associé d'une société civile professionnelle. Dans cette espèce, le bâtonnier avait désigné un arbitre, lequel a voulu saisir le Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de

²⁰⁴ V° *supra*, n°33.

constitutionnalité²⁰⁵. La Haute juridiction de l'ordre judiciaire a refusé de transmettre la question au Conseil constitutionnel aux motifs que « *l'arbitre investi de son pouvoir juridictionnel par la volonté commune des parties ne constitue pas une juridiction relevant de la Cour de cassation au sens de l'article 23-1 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ; qu'il s'ensuit que la question transmise par l'arbitre désigné par le bâtonnier, saisie en application d'une convention d'arbitrage, est irrecevable* »²⁰⁶.

Autrement dit, le tribunal arbitral ne relève pas de la Cour de cassation, ni davantage du Conseil d'État, et ne peut donc soumettre une question prioritaire de constitutionnalité. Il ne fait donc pas partie de la justice au même titre que les juridictions étatiques. L'argument principal des juridictionnalistes tiré d'une assimilation de la justice arbitrale à la justice étatique se heurte donc à cette réalité : le tribunal arbitral n'est pas une juridiction participant de la justice étatique²⁰⁷.

41. On soulignera d'ailleurs que, pour refuser au tribunal arbitral la qualification de juridiction relevant du contrôle de la Cour de cassation, la Haute cour commence par souligner que l'investiture de l'arbitre est le fruit de « *la volonté commune des parties* ». La référence à l'aspect contractuel de l'arbitrage est ici flagrante.

²⁰⁵ La question était rédigée de la sorte : « L'article 1843-4 du code civil porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, principes fondamentaux reconnus par les droits et lois de la République réaffirmés par le Préambule de la Constitution de 1946, auquel se réfère le préambule de la Constitution de 1958, en ce que la disposition en cause porte une atteinte substantielle au droit d'exercer un recours effectif devant une juridiction ? ».

²⁰⁶ Com., 28 juin 2011, n°11-40.030, *Bull IV*, n°111.

²⁰⁷ Selon nous, il ne participe pas non plus d'un ordre juridique arbitral autonome comme cela a pu être énoncé au lendemain de la jurisprudence *Putrabali*. Dans cette affaire, était en cause la possibilité d'obtenir en France l'exequatur d'une sentence internationale annulée à l'étranger. La Cour de cassation a énoncé que « *la sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale* » (Civ. 1^e, 29 juin 2007, n°05-18.053, *Bull I*, n°250). Certains ont pu interpréter cet arrêt comme consacrant l'idée que l'arbitrage appartiendrait à un troisième ordre : l'ordre juridique arbitral (en ce sens, v° L. DEGOS, « La consécration de l'arbitrage en tant que justice internationale », *D.*, 2008, p.1249 et s. ; P. PINSOLLE, « L'ordre juridique arbitral et la qualification de la sentence arbitrale de décision de justice internationale », *Gazette du palais*, 2007, p.14). Cet ordre serait alors autonome des ordres juridiques étatiques et constituerait donc un troisième ordre. Cette position, qui repose sur le fait que l'arbitrage serait complètement délocalisée, et donc détaché de tout ordre judiciaire, peut être contestée. En effet, comme le souligne Messieurs Seraglini et Ortscheidt, la sentence internationale ne serait pas délocalisée, mais multilocalisée. Autrement dit, elle demeure rattachée à la justice étatique, ce qui la localise, mais pas à celle d'un pays en particulier, ce qui la multilocalise. Cette multilocalisation induit que la demande d'exécution de a sentence, qui s'impose dès lors que seul les juges judiciaires des Etats ont le pouvoir de la prononcer, n'a pas à être fait dans un pays, mais dans n'importe quel Etat dans lequel l'exécution serait recherchée (C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°578-579, p.527-530). Rejoignant ces auteurs, nous considérons que s'il est incontestable que l'arbitrage jouit d'une grande autonomie, celle-ci ne va pas jusqu'à en faire un ordre autonome.

C'est précisément cette source conventionnelle du pouvoir des arbitres qui fait obstacle à la qualification de juridiction²⁰⁸ : parce qu'il est investi par la volonté des parties, le tribunal arbitral ne peut être assimilé à une juridiction. C'est bien la dimension contractuelle de la justice arbitrale qui s'oppose ici à son assimilation à la justice étatique. Contrairement à la position retenue par les juridictionnalistes, la dimension contractuelle de l'arbitrage ne peut donc pas être occultée car elle ne reste pas sans influence sur la nature de l'institution.

Cette exclusion du tribunal arbitral a aussi été opérée par les juridictions européennes qui ont dénié aux arbitres la possibilité de poser une question préjudicielle. Là encore, la justification repose sur l'origine contractuelle de l'investiture de l'arbitre.

b. L'absence de délégation de pouvoir juridictionnel de l'État aux arbitres en droit européen

42. Devant les juridictions de l'Union européenne, la question se pose de la même manière que devant le Conseil constitutionnel²⁰⁹. En effet, la possibilité pour une

²⁰⁸ Un auteur a pu énoncer que « La solution [qui consiste à dénier au tribunal arbitral la qualification de juridiction] apparaît incontestable, et plus que jamais depuis la suppression, sauf stipulation contraire, de la faculté d'appel contre la sentence arbitrale par la réforme du 13 janvier 2011 » (A. LIENHARD, « Expert de l'article 1843-4 du code civil : irrecevabilité d'une QPC », *Dalloz Actualité*, 4 juillet 2011, obs. sur Com., 28 juin 2011, n°11-40.030, Bull IV, n°111). Nous ne souscrivons pas entièrement à cette analyse. En effet, le simple fait que la procédure d'appel ne soit pas conforme au droit commun de l'appel ne permet pas à elle seule de justifier la décision. Les juridictions dont les décisions sont insusceptibles d'appel peuvent quand même transmettre des questions prioritaires de constitutionnalité. Ainsi, la possibilité ou non de faire appel ne suffit pas à déterminer si l'organe à l'origine de la décision est une juridiction ou non. Il reste cependant que l'exclusion de principe de la procédure d'appel en matière d'arbitrage participe de l'aspect contractuel de l'arbitrage, tout comme l'origine de l'investiture (en ce sens, v° supra, n°17).

²⁰⁹ Pour montrer l'absence d'assimilation des tribunaux arbitraux aux tribunaux judiciaires en droit européen, il aurait également été possible de se fonder sur la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et l'acception qui en est donnée par les juridictions européennes. Cette convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 qui concerne la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale exclut l'arbitrage son champ d'application, en son article 1^{er}, alinéa 2, point 4. Cette exclusion est rédigée en des termes larges, la convention visant « l'arbitrage » sans autre précision. Dans une décision *Marc Rich*, la Cour de justice de l'Union Européenne qui en a retenu une conception extensive en jugeant que « l'article 1^{er}, deuxième alinéa, point 4, de la convention doit être interprété en ce sens que l'exclusion qu'il prévoit s'étend à un litige pendant devant une juridiction étatique qui a pour objet la désignation d'un arbitre, même si ce litige soulève au préalable la question de l'existence ou de la validité d'une convention d'arbitrage » (CJCE, 25 juillet 1991, affaire C-190/89, *Rev. arb.* 1991, p.677 ; *RCDIP*, 1993, p.310, note P. MAYER, « De l'exclusion de l'arbitrage du champ d'application de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 »). En statuant de la sorte, la Cour de justice de l'Union européenne a interprété largement l'exclusion puisqu'elle considère qu'elle vise non seulement les instances arbitrales mais aussi les instances judiciaires relatives à l'arbitrage. Ce faisant, la Cour de justice de l'Union européenne a

juridiction nationale d'interroger la Cour de justice de l'Union européenne est prévue à l'article 267 du Traité de fonctionnement de l'Union européenne²¹⁰. Ce texte, comme l'article 23-1 de l'ordonnance de 1958, ouvre aux seules « *juridictions nationales* » la possibilité de soumettre une question préjudicielle. La difficulté se pose donc dans les mêmes termes que devant le Conseil constitutionnel : pour qu'un tribunal arbitral puisse poser une question préjudicielle, il faut qu'il soit considéré comme une juridiction nationale, donc un membre à part entière du service public de la justice des Etats, aux côtés des autres juridictions traditionnelles. La Cour de justice de l'Union européenne a eu l'occasion de se prononcer sur ce point.

43. Dans une première affaire²¹¹ dans laquelle il s'agissait principalement d'une question liée à la politique sociale et à l'égalité de traitement entre travailleur masculin et féminin en matière de rémunération, un « tribunal arbitral catégoriel » danois a posé une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne. Afin de déterminer si ce tribunal arbitral avait qualité pour poser une question préjudicielle, les juges européens ont dû répondre à la question suivante : « *le tribunal arbitral catégoriel est-il une juridiction au sens de l'article 177 [devenu article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne] ?* ». Pour y répondre, la Cour s'est penchée sur la marge de manœuvre des parties, tant pour investir le tribunal arbitral catégoriel que pour nommer chacun des arbitres y siégeant. Cette analyse l'a conduite à conclure que ni l'investiture du tribunal, ni la nomination de ses membres n'étaient laissées à la libre

exprimé sa volonté de ne pas assimiler le tribunal arbitral à un à un tribunal judiciaire, refusant que les décisions arbitrales ainsi que les décisions judiciaires qui s'y rattachent soient soumises à la Convention de Bruxelles 1968.

²¹⁰ L'article 267 du Traité de fonctionnement de l'Union européenne (ex-article 234 du Traité instituant la Communauté européenne) énonce :

« La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel :

a) sur l'interprétation des traités,

b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union.

Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des Etats membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question.

Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour.

Si une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour statue dans les plus brefs délais ».

²¹¹ CJCE, 17 octobre 1989, *Danfoss, Danfoss*, aff. C-109/88.

décision des parties. En conséquence, elle a considéré que le tribunal arbitral catégoriel était une juridiction compétente pour poser une question préjudicielle²¹².

44. À travers cette motivation, il apparaît que c'est encore l'aspect contractuel de l'investiture des arbitres qui est déterminant dans le point de savoir si le tribunal arbitral est ou non une juridiction²¹³. Ici, le tribunal arbitral est considéré comme une juridiction parce que son investiture n'est pas laissée au libre choix des parties. *A contrario*, on peut penser que, si l'investiture avait été laissée à la libre disposition des parties, le tribunal arbitral n'aurait pas été une juridiction, au sens de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

45. Dans une autre affaire, *Merck Canada Inc. Contre Accord Healthcare Ltd e.a.*,²¹⁴ relative à un certificat complémentaire de protection pour des médicaments, le « *Tribunal arbitral necessário* », organe portugais, a renvoyé une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne. Pour juger de la recevabilité de cette question, la Cour a dû déterminer si le « *Tribunal arbitral necessário* » s'analyse en une juridiction au sens de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Elle a répondu positivement à cette interrogation, sur le fondement de plusieurs arguments.

En premier lieu, la cour s'est appuyée sur « l'origine légale de l'organisme » pour énoncer que « *la compétence du Tribunal Arbitral necessário résulte non pas de la volonté des parties, mais de la loi n°62/2011 du 12 décembre 2011* »²¹⁵. Ici encore, l'argument décisif sera donc le pouvoir dont disposent, ou non, les parties, d'investir le tribunal

²¹² La Cour a statué par les motifs suivants :

« 7 En ce qui concerne le point de savoir si le tribunal d'arbitrage catégoriel constitue une juridiction d'un État membre au sens de l'article 177 du traité, il y a lieu de souligner d'abord que, selon l'article 22 de la loi danoise n°317 du 13 juin 1973, relative au tribunal du travail, les différends entre parties à des conventions collectives sont, à défaut de dispositions particulières dans ces conventions, soumis à la procédure type arrêtée par la Confédération patronale et par la Confédération des employés. C'est alors un tribunal d'arbitrage catégoriel qui tranche le différend en dernière instance. Ce tribunal peut être saisi par l'une des parties : il importe peu que l'autre s'y oppose. Il s'ensuit que la compétence du tribunal ne dépend pas de l'accord des parties.

8 Il convient de relever ensuite que la même disposition de la loi précitée règle la façon dont le tribunal doit être composé, et spécialement le nombre des membres qui doivent être nommés par les parties et la façon dont doit être désigné le surarbitre à défaut d'accord entre elles. La composition du tribunal d'arbitrage n'est donc pas laissée à la libre décision des parties.

9 Dans ces conditions, le tribunal d'arbitrage catégoriel doit être considéré comme une juridiction d'un État membre au sens de l'article 177 du traité » (CJCE, 17 octobre 1989, *Danfoss*, aff. C-109/88).

²¹³ Cette position de la Cour de justice de l'Union européenne est demeurée inchangée (v° notam. CJUE, 13 février 2014, *Merck Canada Inc. Contre Accord Healthcare Ltd e.a.*, affaire 555/13).

²¹⁴ CJUE, 13 février 2014, *Merck Canada Inc. Contre Accord Healthcare Ltd e.a.*, affaire 555/13.

²¹⁵ Paragraphe 19.

arbitral d'une compétence pour trancher le litige. En l'espèce, le tribunal était investi par la loi, et non par les parties, ce qui suffisait à en faire une juridiction.

En second lieu, la cour a évoqué deux autres critères : l'indépendance et l'impartialité des arbitres, d'une part, et la permanence de ce tribunal arbitral, d'autre part. Ces éléments ont également été retenus pour justifier la qualification de juridiction, mais ils ne sont pas décisifs : la Cour les introduit par les formules « en outre » et « de plus », ce qui traduit le fait que ces critères ne font que s'ajouter au premier, lequel est en réalité déterminant. Dès lors que l'investiture n'est pas laissée à la volonté des parties, le tribunal est considéré comme une juridiction nationale pouvant interroger la Cour de justice de l'Union européenne.

46. Il résulte de ces décisions que la source conventionnelle ou légale de la nomination du tribunal est primordiale lorsqu'il s'agit de déterminer si ledit tribunal est une juridiction nationale²¹⁶. La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne repose sur l'idée que le tribunal investi par les parties n'est pas une juridiction. Autrement dit, la fonction juridictionnelle ne doit pas émaner de l'expression de la volonté des parties. Or, le tribunal arbitral, au sens où l'entend le droit français, implique que l'investiture des arbitres soit le fait de l'expression des parties. En effet, ce sont ces dernières qui vont conventionnellement investir le tribunal arbitral et nommer ses membres, par l'insertion d'une convention d'arbitrage dans leur contrat²¹⁷. Ce faisant, les parties vont non seulement investir une ou plusieurs personnes dans leur fonction d'arbitre, leur conférant ainsi la mission temporaire de trancher leur litige²¹⁸, mais vont également définir la compétence du ou des arbitres en déterminant l'étendue de leur pouvoir juridictionnel. Autrement dit, le pouvoir de juger des arbitres, c'est-à-dire leur investiture en tant qu'arbitre, et l'étendue de ce pouvoir, c'est-à-dire leur

²¹⁶ Résumant la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, un auteur a pu énoncer : « Il est acquis, depuis l'arrêt Nordsee de 1982, qu'un arbitre conventionnel n'est pas en capacité de saisir la Cour de justice. Le renvoi préjudiciel est, en revanche, ouvert au tribunal arbitral dont la loi impose la saisine » (L. COUTRON, « Répétitions des critères de la juridiction nationale », RTD Eur., 2014, p.902 ; dans le même sens, v° P. THERY, « Relativité de la qualification de juridiction : arbitrage forcé et recours préjudiciel en interprétation », RTD Civ., 2014, p.434).

²¹⁷ Commentant l'arrêt Courtieu rendu le 6 octobre par la Cour de cassation (Com., 6 octobre 1953), Motulsky a pu considérer que l'investiture de l'arbitre résultait d'une convention arbitrale valable et applicable pour un litige précis (H. MOTULSKY, « Menace sur l'arbitrage : la prétendue incompétence des arbitres en cas de contestation sur l'existence ou la validité d'une clause compromissoire », in *Écrits. Études et notes de droit international privé* (H. MOTULSKY), Dalloz, 2000, p.89 et s., spé. p.200).

²¹⁸ En ce sens, v° C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, coll. Domat Droit privé, 2nde édition, 2019, spé. n°166, p.210-211.

compétence arbitrale, résultent uniquement de la volonté des parties. A défaut d'investiture par les parties, les arbitres n'ont pas le pouvoir de trancher un quelconque contentieux. Pour les juridictions étatiques, les choses sont différentes, l'investiture, c'est-à-dire la nomination aux fonctions de juge, ne résulte jamais de la volonté des litigants²¹⁹, pas plus d'ailleurs que la compétence juridictionnelle²²⁰, c'est-à-dire l'étendue du pouvoir juridictionnel de ceux qui sont investis dans leur fonction. Or, seules les juridictions dont l'investiture échappe aux parties sont considérées comme des juridictions au sens du droit de l'Union européenne. Le tribunal arbitral, tel qu'il est conçu par le droit français, n'est donc pas une juridiction, au sens du droit de l'Union européenne.

Ainsi, en raison de l'origine conventionnelle de son investiture²²¹, c'est-à-dire du fait qu'il ne tient son pouvoir de juger que si les parties l'en ont investi par une convention d'arbitrage régulière, le tribunal arbitral ne peut être considéré comme un membre de la justice étatique²²². Contrairement à ce que soutiennent les juridictionnalistes, la justice étatique ne se divise donc pas en deux branches que seraient la justice des juridictions publiques et la justice des juridictions privées. Les tribunaux arbitraux ne sont pas identiques aux tribunaux judiciaires : ils ne peuvent être confondus²²³. La source conventionnelle de l'arbitrage est trop prégnante pour être négligée dans le débat sur la nature de l'arbitrage.

²¹⁹ L'investiture en tant que magistrat résulte d'une nomination par le Président de la République sur proposition du garde des Sceaux après que ce dernier ait saisi pour avis la formation compétente du Conseil supérieur de la magistrature, conformément aux prescriptions de l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature. Bien que n'étant pas magistrat, c'est aussi sur nomination, non pas du Président de la République mais du Garde des Sceaux et du Ministre du travail, que sont investis les conseillers prud'hommaux, conformément aux dispositions de l'article L.1441-1 du Code du travail. En revanche, c'est sur élection que les juges consultaires sont institués en cette qualité comme en dispose l'article L.721-1 du Code de commerce.

²²⁰ Les compétences des magistrats et autres juges de l'ordre judiciaire étatique sont définis par les différents Codes. Ainsi, par exemple, la compétence des juges consulaires est prévu par le Code de commerce (articles L.721-1 et s. du Code de commerce), celles des conseillers prud'hommaux par le Code du travail (articles L.1411-1 et s. du Code du travail). Les magistrats seront amenés à exercer différentes missions dont les compétences seront prévues tantôt dans le Code de procédure civile (articles 33 et s. du Code de procédure civile) complété par le Code de l'organisation judiciaire (qui prévoit par exemple la compétence du tribunal des mineurs à ses articles L.251-1 et s. ou encore la compétence de la cour d'appel à ses articles L.311-1 et s.) ou encore dans le Code de procédure pénale (article 231 du Code de procédure pénale pour la compétence de la Cour d'assise, ou encore aux articles 381 et s. du même Code de procédure pénale pour la compétence du tribunal correctionnel).

²²¹ L'importance de l'origine conventionnelle est d'ailleurs rappelée par la Cour de cassation qui n'hésite pas à énoncer que « *seule la volonté commune des contractants a le pouvoir d'investir l'arbitre de son pouvoir juridictionnel* » (Civ. 1^{er}, 19 mars 2002, n°99-18.878, *Bull I*, n°94).

²²² En ce sens, v° C. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, op. cit., n°186 et s., p.105 et s.

²²³ En ce sens, v° J.-F. POUDRET, S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, Schulthess, LGDJ, 2002, spé. n°7, p.6.

La thèse juridictionnaliste suivant laquelle la justice étatique doit être assimilée à la justice arbitrale ne peut convaincre, pas plus d'ailleurs que celle qui tend à assimiler totalement l'arbitre au juge.

2. *L'impossible assimilation totale de l'arbitre à un juge*

L'assimilation de l'arbitre au juge ne peut être totale, d'une part parce que ces deux acteurs n'ont pas les mêmes pouvoirs, ce qui exclut toute identité de nature entre les décisions qu'ils rendent (a), d'autre part, parce que le statut de l'arbitre et celui du juge présentent des différences (b).

a. Des décisions de nature différente

47. L'argument suivant lequel la sentence arbitrale pourrait être assimilée à un jugement²²⁴ repose sur une interprétation contestée de la jurisprudence. Il est vrai que l'arrêt de la cour d'appel de Paris, en 1901²²⁵, aligne le régime de la sentence arbitrale étrangère sur celui du jugement étranger. Du reste, la similarité entre les deux est indéniable : l'une et l'autre nécessitent, pour que des mesures d'exécution forcée soient prononcées, une mesure d'exequatur²²⁶. En effet, conformément aux articles 2412 du Code civil et 509 du Code de procédure civile, les jugements étrangers doivent faire l'objet d'une mesure d'exequatur pour avoir une valeur normative en France et ainsi jouir d'un effet procédural en France, telle la force exécutoire²²⁷. Il en va de même de la sentence arbitrale internationale qui, en vertu de l'article 1516 du Code de procédure civile, « *n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une ordonnance d'exequatur*

²²⁴ Sur ce point, v° *supra*, n°0 et s..

²²⁵ CA Paris, 10 décembre 1901, *Clunet*, 1902, D., p.314.

²²⁶ Pour la nécessité de soumettre la sentence à une procédure d'exequatur, v° l'article 1487, alinéa 1^{er}, du Code de procédure, pour l'arbitrage interne et l'article 1516, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile, pour l'arbitrage international. Pour les jugements étrangers, v° l'article 509 du Code de procédure civile et l'article 3, 2° de la loi n°91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution.

²²⁷ En ce sens, v° D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé, Tome I : Partie générale*, PUF, coll. Thémis Droit, 4^e édition, 2017, spé. n°603, p.747 ; B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé, Économica*, 7^e édition, 2013, spé. n°510, p.450 ; P. MAYER, V. HEUZE, B. REMY, *Droit international privé*, LGDJ, coll. Précis Domat Droit privé, 12^e édition, 2019, spé. n°414, p.292 ; A. HUET, *Encyclopédie JurisClasser Droit international*, v° Fasc. 584-30 Effets en France des jugements étrangers subordonnés à leur régularité internationale – Procédures de contrôle de la régularité – Exécution ou force exécutoire du jugement : procédure de l'exequatur, 2015, spé. n°2 ; v° aussi Civ. 1^e, 12 septembre 2012, n°11-17.023, *Bull I*, n°174..

émanant du tribunal de grande instance dans le ressort duquel elle a été rendue ou du tribunal de grande instance de Paris lorsqu'elle a été rendue à l'étranger». Techniquement, la sentence arbitrale étrangère et le jugement étranger ont donc ce point commun : l'exécution forcée nécessite le prononcé d'une décision d'exequatur par le juge français, si l'exécution de la décision est poursuivie sur le territoire français.

48. Pour autant, cela n'implique pas que la sentence arbitrale présente une nature identique à celle du jugement. En effet, d'une part, seules les sentences étrangères sont assimilées par la jurisprudence *Del Drago* aux jugements étrangers. Rien n'est dit sur les sentences et jugements internes. Et pour cause : contrairement aux jugements internes, les sentences internes doivent être exequaturées. Ainsi, l'article 1487, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile, qui est le pendant pour l'arbitrage interne de l'article 1516 du même Code applicable à l'arbitrage international, soumet la sentence arbitrale à une procédure d'exequatur qui conditionne son caractère exécutoire²²⁸. À l'inverse, les jugements sont exécutoires de plein droit dès lors que le greffier a apposé la formule exécutoire²²⁹. En cela, la sentence interne s'oppose diamétralement au jugement étatique interne²³⁰.

49. D'autre part, la soumission des sentences étrangères et des jugements étrangers à une procédure d'exequatur ne se justifie pas de la même manière. Si les jugements étrangers doivent être soumis à cette procédure d'exequatur, c'est uniquement à raison de leur caractère d'extranéité²³¹. En effet, chaque juge national a

²²⁸ Les articles 1487 et 1516 du Code de procédure civile sont rédigés de façon identique en ce qu'ils prévoient : « *La sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une ordonnance d'exequatur* ».

²²⁹ Conformément à l'article 1 du décret n°47-1047 du 12 juin 1947, la formule exécutoire apposée sur les copies exécutoires, jadis appelées « grosses » est la suivante : « *En conséquence, la République française mande et ordonne à tous huissiers de justice, sur ce requis, de mettre ledit arrêt (ou ledit jugement, etc.) à exécution, aux procureurs généraux et aux procureurs de la République près les tribunaux de grande instance d'y tenir la main, à tous commandants et officiers de la force publique de prêter main-forte lorsqu'ils en seront légalement requis* ».

²³⁰ Il est des auteurs pour lesquels « *Dans un sens large, les décisions rendues par les arbitres sont des jugements* » (D. CHOLET, *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, v° Exécution des jugements et des actes, 2015, spé. n°8). Cette affirmation comporte une part de vérité, en que la sentence, comme le jugement, participent à la construction du droit et sont le fruit de la *jurisdictio* de l'arbitre et du juge. En effet, le jugement n'est pas qu'un dispositif exécutoire de plein droit, il est aussi composé de motifs qui justifient la décision et expliquent le droit. La sentence, sur ce dernier point, est similaire au jugement. En revanche, elle s'en écarte par son défaut de caractère exécutoire de plein droit.

²³¹ En ce sens, v° D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé, Tome I : Partie générale*, PUF, coll. Thémis Droit, 4^e édition, 2017, spé. n°603, p.747; P. MAYER, V. HEUZE, B. REMY, *Droit international privé*,

une compétence exclusive pour le déclenchement de ses voies d'exécution, de sorte que toute décision étrangère doit nécessairement pénétrer l'ordre interne par le biais de la procédure d'exequatur²³². En revanche, s'agissant des sentences arbitrales, leur soumission à la procédure d'exequatur s'explique, non pas par leur extranéité, mais avant tout par le défaut d'*imperium merum* de l'arbitre, qu'il soit interne ou international.

En effet, le juge étatique dispose de pouvoirs plus étendus que l'arbitre, dont les pouvoirs juridictionnels sont atténués par rapport à ceux du juge. Cette atténuation se vérifie principalement à travers la question de l'*imperium*. L'*imperium* est une composante du pouvoir du juge dont, traditionnellement²³³, et de façon un peu rapide, on prive l'arbitre²³⁴. Or, en réalité, seule une partie de l'*imperium* reconnu au juge fait défaut à l'arbitre. Pour le comprendre, il faut rappeler que, selon une présentation communément admise²³⁵, l'*imperium* se subdivise en, d'une part, l'*imperium merum* et, d'autre part, l'*imperium mixtum*. L'*imperium merum* a trait au pouvoir de commander, de

LGDJ, coll. Précis Domat Droit privé, 12^e édition, 2019, spé. n°414, p.292 ; B. AUDIT, L. D'AVOUT, *op. cit.*, n°509, p.449.

²³² En ce sens, B. AUDIT, L. D'AVOUT, *op. cit.*, n°469, p.407. Traduisant cette idée, Messieurs Loussouarn, Bourel et de Vareilles-Sommières expliquent qu'il est impossible que « *les agents français de l'exécution reçoivent l'ordre d'exercer leurs fonctions (...) d'États étrangers, agissant notamment à travers un jugement rendu par leurs juridictions* » (Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Dalloz, coll. Précis, 10^e édition, 2013, spé. n°896, p.897).

²³³ En ce sens, par exemple, Madame Terré se fait l'écho de cette position traditionnelle en énonçant que « *l'on dit que l'arbitre est privé de l'imperium du juge étatique* » (D. TERRE, *Les questions morales du droit*, PUF, coll. Éthique et philosophie morale, 2007, spé. p.313). Reconnaisant également le caractère traditionnel de l'idée selon laquelle l'arbitre est privé d'*imperium*, Monsieur Jarrosson déplore cette position qui n'est pas satisfaisante et tiendrait donc davantage d'un certain atavisme plutôt que d'un souci de précision juridique (en ce sens, C. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, *op. cit.*, spé. n°53). Dans le même sens, Monsieur Cadiet énonce : « *en réalité, l'arbitre est dépourvu, non de toute forme d'imperium, et notamment pas de l'imperium mixtum indissociable de son pouvoir juridictionnel, mais uniquement de l'imperium merum* » (L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, v° Imperium).

²³⁴ En ce sens, v° L. CADIET (dir.), *op. cit.*, v° Imperium ; A. MOURRE et A. VAGENHEIM, *Encyclopédie JurisClasseur droit international privé*, v° Fasc. 780 : arbitrage commercial international – instance arbitrale - Intervention du juge étatique - Mesures provisoires et conservatoires, 2014, spé. n°76 ; P. THERY, *Répertoire de droit international*, Dalloz, v° Voies d'exécution, 2013, spé. n°41.

²³⁵ Un auteur expose trois définitions de l'*imperium* « en fonction de leur caractère plus ou moins matériel ou au contraire intellectuel » (P. MAYER, « Imperium de l'arbitre et mesure provisoire », in *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, Lausanne, Stämpfli, 1999, p. 437 et s.). D'autres auteurs proposent de définir l'*imperium* comme une notion recoupant de multiples attributs, sans davantage de précision (en ce sens, L. CADIET (dir.), *op. cit.*, v° Imperium). D'autres, encore, considèrent qu'il se limite à trois attributs : l'*imperium mixtum*, l'*imperium merum*, et la *jurisdictio* (en ce sens, C. JARROSSON, « Réflexions sur l'imperium », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, spé. n°39, p. 63). Enfin, certains affirment que l'*imperium* recoupe « traditionnellement l'*imperium merum* et l'*imperium mixtum* » (C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°373, p.370-371). Cette dichotomie est partagée Monsieur Clay dans sa thèse (T. CLAY, *L'arbitre*, *op. cit.*, n°109, p.97).

contraindre²³⁶ tandis que *l'imperium mixtum* s'entend plutôt de la faculté de dire le droit, la *jurisdictio*²³⁷.

Ainsi, *l'imperium merum* permet notamment de contraindre une partie à exécuter une obligation de faire ou de forcer un tiers à témoigner. Ce pouvoir permet donc à son titulaire de rendre des décisions exécutoires, dans le respect du « *phénomène de la frontière* »²³⁸, sans qu'il soit besoin de passer par une procédure particulière, ou encore d'apposer la formule exécutoire sur sa décision. Or, *l'imperium merum* est l'apanage du juge ; l'arbitre, quant à lui, n'en est pas doté²³⁹. C'est précisément pour cette raison que les sentences arbitrales, qu'elles soient internes ou internationales, doivent être exequaturées pour avoir force exécutoire. Ainsi, comme l'a observé la cour d'appel de Paris ; « *donner force exécutoire à l'acte, [...] ne peut relever que de l'imperium du juge étatique [...]* »²⁴⁰. C'est ici de *l'imperium merum* qu'il s'agit.

En revanche, l'arbitre est doté de *l'imperium mixtum*, puisqu'il se voit conférer la mission de trancher un litige. Il exerce donc, tout comme le juge, un pouvoir de *jurisdictio* qui se rattache à *l'imperium*. C'est la raison pour laquelle il est soumis à un certain nombre de principes que doit observer celui qui dit le droit. Ainsi, l'article 1464 alinéa 2 du Code de procédure civile impose aux arbitres, en matière d'arbitrage interne, de respecter « *les principes directeurs du procès énoncés aux articles 4 à 10, au premier alinéa de l'article 11, aux deuxième et troisième alinéas de l'article 12 et aux articles 13 à 21, 23 et 23-1* »²⁴¹. Sans reprendre dans les mêmes termes cette obligation, l'article 1520, 4°, du Code de procédure civile, relatif à l'arbitrage international, impose que le principe de la contradiction ait été respecté sous peine, pour la sentence, d'encourir la nullité.

²³⁶ En ce sens, C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°373, p.370-371.

²³⁷ Une cour d'appel a pu sembler distinguer *l'imperium* de la *jurisdictio* en énonçant : « Attendu que le prononcé d'une amende civile participe non pas de la *jurisdictio*, mais de *l'imperium* du juge ; que les parties sont irrecevables à demander au juge à faire usage de ce pouvoir qui lui est attribué dans le seul intérêt général » (CA Versailles, 26 mars 1998, n°1997-4224). Cet arrêt peut s'interpréter, à première lecture, comme opérant une distinction entre les notions d'*imperium* et de *jurisdictio*. Cette vision n'est toutefois pas celle défendue par Monsieur Jarrosson, pour qui la *jurisdictio* est une composante de *l'imperium*, aux côtés de *l'imperium merum* et de *l'imperium mixtum* (C. JARROSSON, « Réflexions sur *l'imperium* », *op. cit.*, n°49, p.63).

²³⁸ L'expression est empruntée à Jean-Paulin Niboyet (J.-P. NIBOYET, *Cours de droit international privé*, Sirey, 1946, spé. n°12, p.22).

²³⁹ En ce sens, v° C. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, *op. cit.*, n°183, p.103-104.

²⁴⁰ CA Paris, 26 septembre 2003, *D.*, 2004, note H. KENFACK.

²⁴¹ Monsieur Loquin défend l'idée selon laquelle l'obligation faite à l'arbitre de respecter les principes directeurs du procès démontre la composante juridictionnelle de l'arbitrage (E. LOQUIN, *Encyclopédie JurisClasser Procédure civile*, v° Fasc. 1036 : Arbitrage – Instance arbitrale – Procédure devant les arbitres, 2011, spé. n°5 et n°63).

Il en ressort que l'arbitre n'est doté que d'une partie des attributs traditionnellement rattachés à l'*imperium*. Il est titulaire d'un certain *imperium*, mais qui n'est pas celui du juge²⁴². Cette différence explique la nécessité d'exequaturer les sentences arbitrales pour leur donner force exécutoire et s'oppose à une assimilation totale de l'arbitre au juge. Les pouvoirs de l'un et l'autre sont différents ; les décisions rendues par l'un et l'autre n'ont pas la même force.

Un autre argument s'oppose à l'assimilation de l'arbitre au juge : celui qui concerne leurs causes de récusation respectives.

b. Des statuts différents

50. On l'a vu, certains juridictionnalistes assimilent l'arbitre au juge au motif que le statut de l'arbitre rejoint en certains points, telles les causes de récusation, celui du juge²⁴³. Or, ces similitudes ne peuvent à elles seules permettre de conclure à l'assimilation totale de l'arbitre au juge. En effet, elles ne sont que ponctuelles et ne portent que sur certains éléments précis du statut de ces acteurs. En déduire que l'arbitre serait ni plus ni moins qu'un juge relève d'une interprétation très extensive de ces éléments de régime.

Une telle position apparaît comme erronée, même si certains²⁴⁴ ont essayé de plaider cette assimilation totale pour régler certains points du statut de l'arbitre non régis par des dispositions légales, telle la question de la responsabilité. Ainsi, dans l'affaire *Raoul Duval*²⁴⁵, l'arbitre, dont la responsabilité était recherchée, a essayé de faire valoir que sa responsabilité, en qualité d'arbitre, ne pouvait être engagée que dans les mêmes conditions que celles qui permettent de rechercher la responsabilité d'un juge. Il était alors soutenu que seule une faute lourde de l'arbitre peut engager sa responsabilité, au sens de l'article 505 de l'ancien Code de procédure civile²⁴⁶, qui

²⁴² En ce sens, C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°481, p.449.

²⁴³ V° *supra*, n°36 et s..

²⁴⁴ En ce sens, v° la défense de l'arbitre dont la responsabilité a été recherchée dans l'affaire *Raoul Duval* (CA Paris, 12 octobre 1995, *Merkoria Sucden c/ société Raoul Duval*, *Rev. arb.*, 1999, p.324.

²⁴⁵ CA Paris, 12 octobre 1995, *Merkoria Sucden c/ société Raoul Duval*, *Rev. arb.*, 1999, p.324.

²⁴⁶ L'article 505 du Code de l'ancien Code de procédure civile énonçait : « *Les juges peuvent être pris à partie dans les cas suivants :*

1° S'il y a dol, fraude, concussion ou faute lourde professionnelle qu'on prétendrait avoir été commis, soit dans le cours de l'instruction, soit lors des jugements ;

2° Si la prise à partie est expressément prononcée par la loi ;

prévoyait les conditions pour engager la responsabilité des juges, par le truchement de la prise à partie. Cette argumentation développée par l'arbitre pour sa défense s'appuyait, somme toute, sur la théorie juridictionnaliste qui assimile le statut de l'arbitre à celui du juge. L'argument n'a pas convaincu la cour d'appel de Paris qui a jugé que « *le lien de nature contractuelle qui unit l'arbitre aux parties justifie que sa responsabilité soit appréciée dans les conditions de droit commun sur le fondement de l'article 1142 du code civil (...)* »²⁴⁷. En conséquence, pour la cour d'appel de Paris, le statut de l'arbitre n'est pas identique en tous points à celui du juge, et ce notamment du fait de la source conventionnelle de la mission de l'arbitre. Cette position a, depuis lors, été réitérée par la jurisprudence²⁴⁸. Il en ressort que l'assimilation du statut de l'arbitre à celui du juge ne peut être totale²⁴⁹ ; le support de la théorie juridictionnelle s'en trouve, par là, contredit.

51. Indubitablement, les statuts respectifs de l'arbitre et du juge sont faits de ressemblances mais aussi de dissemblances²⁵⁰. Outre la question de la responsabilité²⁵¹, il est traditionnellement rappelé que l'arbitre est un juge privé²⁵² ne jouissant d'aucune

3° Si la loi déclare les juges responsables, à peine de dommages et intérêts ;

4° S'il y a déni de justice.

L'État est civilement responsable des condamnations en dommages-intérêts qui seront prononcées, à raison de ces faits, contre les magistrats, sauf son recours contre ces derniers ».

²⁴⁷ CA Paris, 12 octobre 1995, *Merkoria Sucden c/ société Raoul Duval*, *Rev. arb.*, 1999, p.324.

²⁴⁸ Pour l'engagement de la responsabilité de l'arbitre sur le fondement du droit commun de la responsabilité contractuelle, v° Civ. 1^e, 6 décembre 2005, n°03-13.116, *JCP G*, 2006, I, 148, n°2, obs. C. SERAGLINI ; *Rev. arb.*, 2006, p. 126, note C. JARROSSON ; *JCP G*, 2006, II, 10666, note T. CLAY, *D.* 2006, jurisp. 274, note P.-Y. GAUTIER ; *RTD Com.*, 2006, p.299, note E. LOQUIN ; *RTD Civ.*, 2006, p.144, obs. P. THERY ; *RLDC* 2006, p.14, obs. F.-X. TRAIN ; *JCP E*, 2006, p.1284, note G. CHABOT ; *JCP E*, 2006, p.1395, obs. J. PAILLUSSEAU ; CA Paris, 31 mars 2015, *Banque Delubac c/ X*, n°14-05436, *RTD Com.*, 2016, p.76, note E. LOQUIN ; *D.*, 2015, p.2588 obs. T. CLAY ; *RTD Civ.*, 2015, p.612 obs. H. BARBIER ; *Les cahiers de l'arbitrage*, 2015, p.313, obs. M. HENRY.

²⁴⁹ Soulignant quelques différences qui séparent le juge de l'arbitre, Henri Motulsky a pu énoncer que « *la responsabilité de l'arbitre peut être mise en jeu dans les conditions plus simples que celle du juge public* » (H. MOTULSKY, « La nature de l'arbitrage », *op. cit.*, p.8).

²⁵⁰ En ce sens, v° J.-M. JACQUET, P. DELEBECQUE, S. CORNELOUP, *op. cit.*, n°1052, p.821.

²⁵¹ Soulignant que la responsabilité est un point qui distingue le juge et l'arbitre, v° F. TERRE, *Les questions morales du droit*, *op. cit.*, p.313.

²⁵² En ce sens, v° E. LOQUIN, *L'arbitrage du commerce international*, Joly éditions, coll. Pratique des affaires, 2015, spé. n°184, p. 180 ; P. FOUCHARD, « Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française », *op. cit.*, n°21, p.337 ; H. MOTULSKY, « La nature de l'arbitrage », *op. cit.*, p.6 ; B. OPPETIT, « Justice étatique et justice arbitrale », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p.415 et s., spé. p.422 ; L. JANDARD, *op. cit.*, n°214, p.239 ; R. PERROT, « L'arbitrage, une autre justice », *Les petites affiches*, 2 décembre 2003, p.32 ; J. BILLEMONT, *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 549, 2013, spé. n°266, p.193 ; F. TERRE, *Les questions morales du droit*, *op. cit.*, p.313.

investiture permanente, à l'inverse du juge²⁵³. En effet, l'arbitre exerce sa mission ponctuellement, alors que le juge l'exerce de manière permanente. La mission de l'arbitre ne dure que le temps de la procédure arbitrale, à compter de sa désignation, et s'éteint avec le rendu de la sentence. La mission du juge, en revanche, s'étend de sa nomination à sa retraite, et dépasse ainsi largement le cadre d'une affaire. En outre, l'arbitre est nommé par les parties et toujours choisi par elles, là où le juge est institué par l'État et, le plus souvent, imposé aux litigants.

52. Du fait de ces différences de statut, il ne peut pas être raisonnablement soutenu que l'arbitre est totalement assimilable à un juge. Aucune raison ne justifie de donner aux similitudes une force supérieure à celle attribuée aux différences. Plus généralement, il résulte de l'ensemble des éléments qui précèdent que l'arbitrage ne peut pas être considéré comme une institution purement juridictionnelle : le tribunal arbitral n'est pas une juridiction étatique ; l'arbitre n'est pas un juge, du moins pas en tous points ; la justice arbitrale ne peut être assimilée à la justice étatique. Surtout, l'arbitrage comporte une dimension contractuelle irréductible, qui refait surface à chaque fois qu'il s'agit de contester la théorie juridictionnelle²⁵⁴ : sa source conventionnelle.

Pour autant, le rejet de la conception purement juridictionnelle de l'arbitrage ne doit pas conduire à nier toute dimension juridictionnelle : l'arbitrage n'est certes pas une institution exclusivement juridictionnelle, mais il en emprunte néanmoins certains aspects. L'approche des contractualistes n'est donc pas plus juste que celle des juridictionnalistes, dès lors que l'une comme l'autre occultent ou, à tout le moins, réduisent drastiquement l'une des deux dimensions que présente l'arbitrage. Ces deux théories devaient être dépassées. C'est la raison pour laquelle s'est développée par la suite une conception dualiste de l'arbitrage, tenant compte de sa double dimension, contractuelle et juridictionnelle.

Section 2 : La consécration d'une conception dualiste de l'arbitrage

²⁵³ V° notam. J.-M. JACQUET, P. DELEBECQUE, S. CORNELOUP, *op. cit.*, n°1052, p.821 ; J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, n°599, p.372 ; C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°13, p.25-26 ; E.-D. GLASSON, A. TISSIER, R. MOREL, *op. cit.*, spé. n°1821 ; B. OPPETIT, « Justice étatique et justice arbitrale », *op. cit.*, p.424 ; G. CORNU, J. FOYER, *Procédure civile*, PUF, coll. Thémis, 1^e édition, 1958, spé. p.52.

²⁵⁴ Que ce soit en droit interne ou international, c'est toujours la source conventionnelle de l'arbitrage qui est invoquée pour considérer que la justice arbitrale ne s'assimile pas à la justice étatique, v° *supra*, n°17.

On l'a vu, les conceptions monistes ont appréhendé l'arbitrage uniquement sous l'angle contractuel ou juridictionnel, ce qui présente l'inconvénient majeur de nier l'une des deux dimensions caractéristiques de l'institution. Trop réductrices pour rendre compte de la complexité de l'institution, ces conceptions monistes sont aujourd'hui considérées comme « caduques »²⁵⁵ ; elles ont laissé place à une conception dans laquelle « *origine contractuelle et but juridictionnel se superposent, s'interpénètrent pour donner à l'arbitrage une nature mixte ou hybride, tenant à la fois du contrat et du jugement* »²⁵⁶. Cette vision mixte ou hybride est celle qui prévaut aujourd'hui (§1) même si certains auteurs, minoritaires, ont tenté de la critiquer (§2).

§1) La conception majoritairement dualiste de l'arbitrage en droit positif

La conception dualiste de l'arbitrage tient compte à la fois des influences contractuelle et juridictionnelle. Elle a été largement reçue et correspond aujourd'hui à la conception majoritairement admise, que ce soit par la doctrine (A), la loi (B), la jurisprudence (C), ou encore par la pratique (D).

A) La réception doctrinale de la nature duale de l'arbitrage

53. Pour se convaincre que les auteurs appréhendent l'arbitrage comme une institution de nature mixte, à la fois contractuelle et juridictionnelle, il suffit de parcourir les différentes définitions qui en sont proposées : toutes font ressortir cette dualité, en se référant à la fois à des notions qui appartiennent à la sphère contractuelle, telle que la volonté des parties, et à des idées qui se rattachent davantage à la sphère juridictionnelle, telle que celle selon laquelle l'arbitre « *tranche le litige* » ou exerce une « *mission juridictionnelle* ».

Ainsi, pour Motulsky, l'arbitrage est « *le jugement d'une contestation par des particuliers choisis, en principe, par d'autres particuliers au moyen d'une convention* »²⁵⁷. La dimension juridictionnelle est ici très explicite : l'emploi du terme « jugement », acte de l'autorité juridictionnelle par excellence, ne peut permettre d'en douter. De la même

²⁵⁵ L'expression est de Monsieur Yangoumale (J. YANGOUMALE, *La nature de la sentence arbitrale en droit international, essai d'approche phénoménologique*, Thèse dactylographiée, Paris II, 1989, spé. n°105, p.56).

²⁵⁶ J. RUBELLIN-DEVICHI, *Essai sur la nature de l'arbitrage*, LGDJ, 1965, spé. n°9, p.14.

²⁵⁷ H. MOTULSKY, « La nature de l'arbitrage », *op. cit.*, n°1, p.5.

manière, l'aspect contractuel est souligné avec tout autant de clarté. Le terme de « convention » choisi par l'auteur renvoie sans équivoque à l'aspect contractuel de l'arbitrage. La lecture de cette définition invite donc à appréhender l'arbitrage comme une institution à la fois juridictionnelle et conventionnelle. Motulsky n'est évidemment pas le seul à définir de la sorte l'arbitrage.

Chez certains auteurs, la dualité est légèrement moins explicite. Ainsi, pour Ernest-Désiré Glasson, Albert Tissier et René Morel, « *l'arbitrage est le jugement d'une contestation par de simples particuliers que les parties prennent comme juges* »²⁵⁸. Dans le même sens, pour Jean-Baptiste Garsonnet et Charles César-Bru, constitue un arbitrage « *la faculté pour les parties de soustraire le différend qui les divise au jugement des tribunaux donnés par la loi pour le soumettre à une personnalité de leur choix* »²⁵⁹. Jean Robert, quant à lui, écrivait : « *On entend par arbitrage l'institution d'une justice privée grâce à laquelle les litiges sont soustraits aux juridictions de droit commun, pour être résolus par des individus revêtus, pour la circonstance, de la mission de les juger* »²⁶⁰.

D'autres auteurs²⁶¹ se sont positionnés dans la droite lignée de Motulsky et se sont montrés tout aussi explicites que lui sur la dualité de l'arbitrage. Ainsi, pour n'en citer qu'un, nous pouvons reprendre Monsieur de Boissésou pour lequel « l'arbitrage est l'institution par laquelle les parties confient à des arbitres, librement désignés par elles, la mission de trancher leurs litiges »²⁶².

54. Synthétisant les différentes propositions doctrinales, Monsieur Loquin souligne que « *ces définitions, proches l'une de l'autre, insistent sur deux éléments*

²⁵⁸ E.-D. GLASSON, A. TISSIER, R. MOREL, *op. cit.*, n°1801.

²⁵⁹ E. GARSONNET, C. CESAR-BRU, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale en justice de paix et devant les conseils de prud'hommes*, L. Larose & L. Tenin, 3^e édition, 1913, spé. n°220.

²⁶⁰ J. ROBERT, *L'arbitrage, droit interne, droit international privé*, Dalloz-Sirey, 6^e édition, 1993, spé. n°1.

²⁶¹ On peut en ce sens citer Monsieur Fouchard pour lequel « par l'arbitrage, les parties conviennent de soumettre leur différend au jugement de particuliers qu'elles choisissent » (P. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Dalloz, 1965, spé. n°11), ou Monsieur Lazareff qui énonce « *l'arbitre nommé, directement ou indirectement, par les parties devient un juge* » (S. LAZAREFF, « L'arbitre est-il un juge ? », in *Liber amicorum Claude Reymond, Autour de l'arbitrage*, LexisNexis Litec, 2004, p.176). Dans le même sens, Madame Frison-Roche considère que l'arbitrage « vise la constitution d'un tribunal et la mise en place d'une procédure dont les éléments essentiels sont contractuellement décidés par les parties au litige mais qui aboutit à un acte de nature juridictionnel, rendu par des arbitres privés qui tranchent le différend en tant que juges » (M.-A. FRISON-ROCHE, « Arbitrage et droit de la régulation », in *Droit et économie de la régulation, Volume 3 : Les risques de la régulation*, (dir. M.-A. FRISON-ROCHE), Presses de Sciences Po, 2005, p.223 et s., spé. n°4, p.224) et Monsieur Jarrosson que l'arbitrage est une « institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celle-ci » (C. JARROSSON, *La notion d'arbitrage, op. cit.*).

²⁶² M. DE BOISSESON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international, op. cit.*, p.5.

caractéristiques de l'arbitrage, qui, pour le moment, suffisent à cerner l'institution : son origine contractuelle, sa fonction juridictionnelle »²⁶³. Indubitablement, la doctrine moderne considère que l'arbitrage est irrigué des deux influences que sont le contractuel et le juridictionnel. D'ailleurs, un auteur énonçait que pour la doctrine « *le seul problème qui se pose consiste à tenir compte dans une juste mesure, à la fois du but juridictionnel, et de l'origine contractuelle de l'institution* »²⁶⁴. C'est dire si cette dualité est aujourd'hui largement admise lorsqu'il s'agit de penser la nature de l'arbitrage.

Cette vision des choses a d'ailleurs dépassé les frontières françaises, pour se loger aussi sous des plumes étrangères. Ainsi, par exemple, un auteur italien définit ce qu'est l'arbitrage en Italie comme une institution « *qui est prévu[e] et régi[e] par les articles 806 à 840 du titre huit du quatrième livre du code de procédure civile et qui a pour objet l'examen, par un ou plusieurs arbitres, d'un litige existant ou futur entre les parties et qui donnera lieu à une sentence arbitrale. Il s'agit d'une procédure privée dans laquelle les arbitres remplissent la fonction de juges, de par la volonté des parties* »²⁶⁵. C'est aussi le cas de Messieurs Huys et Keutgen, auteurs belges, pour lesquels l'arbitre est « *un mode de solution des conflits qui trouve son origine dans une convention privée et qui aboutit à une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée. Cette décision est acquise à l'intervention d'un ou plusieurs particuliers auxquels la volonté commune des parties donne pouvoir de trancher le litige* »²⁶⁶, ou encore d'un auteur hollandais, Monsieur Van Den Berg, pour lequel l'arbitrage peut être défini comme « *The resolution of the dispute between two or more parties by a third person (arbitrator) who derives his powers from an agreement (an arbitration agreement) of the parties, and whose decision is binding upon them* »²⁶⁷. Les références au conventionnel et au juridictionnel sont aussi clairement présentes dans ces définitions.

Cette approche, qui réunit la très vaste majorité des auteurs, trouve une assise solide dans la loi elle-même, entendue *lato sensu*, et plus spécifiquement dans le Code de procédure civile français.

²⁶³ E. LOQUIN, *Encyclopédie JurisClasseur Procédure civile*, v° Fasc. 1005 : Arbitrage – Définition. Nature juridique. Distinction avec d'autres institutions. Avantages et inconvénients, 2013, spé. n°1.

²⁶⁴ J. RUBELLIN-DEVICHI, *Essai sur la nature de l'arbitrage*, *op. cit.*, n°13, p.17.

²⁶⁵ M. GIORGETTI, « Le temps de l'instance arbitrale et les interventions du juge étatique », in *L'arbitre et le juge étatique, Études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia*, *op. cit.*, p.77 et s., spé. p.78.

²⁶⁶ M. HUYS, G. KEUTGEN, *L'arbitrage en droit belge et international*, Bruylant, 1981, 1^e édition, spé, n°21, p.21.

²⁶⁷ A.J. VAN DEN BERG, *The New-York Arbitration Convention of 1958 : Towards a Uniform Judicial interpretation*, Kluwer international, 1981, spé. p.44.

B) La réception légale de la nature duale de l'arbitrage

55. Le Code de procédure civile français²⁶⁸ évoque la dualité propre à l'arbitrage dans nombre de ses articles. Ainsi, l'article 1442 de ce code²⁶⁹ évoque les aspects contractuel et juridictionnel de l'arbitrage²⁷⁰ en énonçant, en son alinéa 2, que « *La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats* ». En formant cette convention qui va donner aux arbitres une fonction juridictionnelle, les litigants ont exprimé leur volonté d'avoir recours à l'arbitrage, entendu comme « *une justice privée organisée par la volonté des parties qui ont soustrait la connaissance de leur litige aux juridictions de droit commun* »²⁷¹.

L'aspect juridictionnel²⁷² ressort aussi très expressément d'autres dispositions au titre desquelles on peut notamment²⁷³ citer l'article 1478 du Code de procédure civile pour l'arbitrage interne et l'article 1511 du même Code, pour l'arbitrage international²⁷⁴. Le premier de ces textes est explicitement dédié à la fonction juridictionnelle des arbitres en ce qu'il prévoit, en matière d'arbitrage interne, que « *Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que les parties lui aient confié la mission de statuer en amiable composition* ». L'article 1511 est tout aussi explicite quant à l'aspect juridictionnel de l'arbitrage, en ce qu'il énonce que « *Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut,*

²⁶⁸ C'est aussi le cas du Code judiciaire belge qui définit, en son article 1681, la convention d'arbitrage comme « *une convention par laquelle les parties soumettent à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui sont nés ou pourraient naître entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel* ».

²⁶⁹ Ce texte est le premier article du livre IV dudit Code consacré à l'arbitrage. C'est donc un article qui a un rôle prépondérant, du moins dans l'organisation des textes. Il est celui par lequel toute la législation qui concerne l'arbitrage commence. La définition qu'il donne est donc de première importance.

²⁷⁰ En ce sens, v° E. LOQUIN, *Encyclopédie JurisClasser Procédure civile*, v° Fasc. 1005, *op. cit.*, n°2.

²⁷¹ Ibid.

²⁷² D'après Messieurs Poudret et Besson, le caractère juridictionnel de l'arbitrage ressort également de nombreuses législations, comme la législation française, belge, allemande ou encore hollandaise car elles ont toutes fait le choix d'insérer les dispositions relatives à l'arbitrage dans leurs Code de procédure civile (en ce sens, v° J.-F. POUURET, S. BESSON, *op. cit.*, spé. n°11, p.9). On pourrait ajouter à cette liste l'arbitrage brésilien (en ce sens, v° G. GIUSTI, « Développements récents de l'arbitrage au Brésil », *Gazette du palais*, 4 décembre 2004, p.18 ; D. LEVY, T. TOMASI, « La récente réforme du droit brésilien de l'arbitrage à l'aune de l'expérience française », *Les cahiers de l'arbitrage*, 2016, p.359).

²⁷³ Tel est aussi le cas du Code judiciaire belge qui, en son article 1710, § 1^{er}, énonce : « Le tribunal arbitral tranche le différend conformément aux règles de droit choisies par les parties comme étant applicables au fond du différend ».

²⁷⁴ En ce sens, v° C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°16, p.22.

conformément à celles qu'il estime appropriées »²⁷⁵. Tout ici, dans les termes choisis, fait écho à la mission juridictionnelle des juges étatiques qui tranchent, comme le tribunal arbitral, des litiges conformément aux règles de droit.

Cette approche duale de l'arbitrage est aussi celle qui l'a emporté dans la jurisprudence.

C) La réception jurisprudentielle de la nature duale de l'arbitrage

56. La Cour de cassation a eu l'occasion d'adopter une conception dualiste de l'arbitrage dans une affaire dans laquelle la cour d'appel de Paris avait annulé une sentence arbitrale rendue sous l'égide de la CCI, sur le fondement de l'accord conclu le 6 décembre 1980 entre la Roumanie et le Liban et imposant un arbitrage CCI aux opérateurs roumains et libanais en litige. La cour d'appel avait rendu un arrêt le 1^{er} juin 1999, estimant qu'« à supposer même que cette clause d'arbitrage ait été obligatoire et impérative pour la société Tarom dans l'ordre juridique roumain, elle n'a pu en l'absence de tout consentement, fonder à aucun titre la compétence d'un organisme d'arbitrage dont le Règlement impose, conformément aux principes fondamentaux de l'arbitrage international, l'existence d'une convention d'arbitrage pour justifier son investiture »²⁷⁶.

La Haute juridiction a rejeté le pourvoi faisant grief à la cour d'appel d'avoir débouté le demandeur de ses demandes en annulation des sentences rendues en énonçant que « seule la volonté commune des contractants a le pouvoir d'investir l'arbitre de son pouvoir juridictionnel »²⁷⁷. Pour la Haute juridiction de l'ordre judiciaire français, l'arbitrage international est une institution qui nécessite la rencontre du conventionnel et du juridictionnel. Dès lors, c'est uniquement lorsque la mission de trancher le litige né entre les parties a été confiée par l'expression de la volonté de ces mêmes parties que

²⁷⁵ Il faut néanmoins préciser que cet article 1511 diverge quelque peu de l'article 1478. Mais les différences tiennent au caractère international du litige et portent sur les questions de détermination de la loi applicable à un contentieux qui, par définition, met des législations étatiques en concurrence, ce que ne fait pas un litige interne. Hormis cette différence liée à la nécessaire adaptation aux éléments d'extranéité du contentieux, les textes prévoient tous les deux que « Le tribunal arbitral tranche le litige » et donc mettent l'un et l'autre en avant, très explicitement, l'aspect le plus juridictionnel de l'arbitrage.

²⁷⁶ Civ. 1^e, 19 mars 2002, n°99-19.878, *Bull I*, n°94 ; *RTD Com.*, 2002, p.664, note E. LOQUIN.

²⁷⁷ Civ. 1^e, 19 mars 2002, n°99-19.878, *Bull I*, n°94 ; *RTD Com.*, 2002, p.664, note E. LOQUIN.

l'on peut parler d'arbitrage. A défaut de l'une des deux composantes, l'arbitrage ne sera pas valable, ou devra être requalifié en un autre mode de règlement des conflits²⁷⁸.

57. Cette réception jurisprudentielle de la nature duale de l'arbitrage a été confirmée à l'occasion d'un contentieux entre une société d'exercice libéral d'avocats et l'un de ses collaborateurs, relativement à un solde de rémunération. Le collaborateur, considérant que la société au sein de laquelle il exerçait la profession d'avocat lui était redevable d'un solde de rémunération, avait saisi le bâtonnier de l'Ordre des avocats du barreau de Paris. Un membre du Conseil de l'ordre, désigné en « *qualité d'arbitre unique* » par le bâtonnier, a rendu une sentence arbitrale dans laquelle il se reconnaissait compétent pour apprécier ce litige et fixait le calendrier de la procédure arbitrale. La société d'exercice libéral s'était opposée à la tenue d'un arbitrage en informant le membre du Conseil de l'ordre délégué par le bâtonnier qu'elle n'entendait pas signer de convention d'arbitrage mais souhaitait une conciliation. Elle a donc, fort logiquement, formé un recours en annulation contre ladite sentence.

Comme le relève la Cour de cassation dans son arrêt²⁷⁹, les juges de la cour d'appel de Paris avaient rejeté le recours de la société d'exercice libéral en relevant : « *eu égard aux dispositions du règlement intérieur du barreau de Paris, dans leur rédaction alors en vigueur, selon lesquelles, à défaut de conciliation, les litiges autres que ceux portant sur les contrats de travail sont soumis à l'arbitrage du bâtonnier dans les conditions définies par les articles 1442 à 1491 du nouveau Code de procédure civile ou par les articles 1492 à 1507 du nouveau Code de procédure civile en cas d'arbitrage international, le bâtonnier de l'Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris a, à bon droit, retenu sa compétence* ». La Cour de cassation a censuré cette décision en rappelant, au visa des articles 1442 et 1447 du Code de procédure civile dans leur rédaction applicable à l'espèce²⁸⁰, que « *seule la volonté commune des parties peut investir l'arbitre de son pouvoir juridictionnel* »²⁸¹.

²⁷⁸ C'est pour cela que « l'arbitrage forcé » n'est pas un arbitrage, car il lui manque l'aspect contractuel qui fait toute la spécificité de l'institution arbitrale. Pour une analyse en ce sens, v° B. STERN, « Un coup d'arrêt à la marginalisation du consentement dans l'arbitrage international », *Rev. arb.*, 2000, p.403 et s.

²⁷⁹ Civ. 1^e, 22 novembre 2005, n°04-11.384, *Bull I*, n°421.

²⁸⁰ L'article 1442 avait trait à la clause compromissoire tandis que l'article 1447 visait le compromis. Ces deux articles sont, depuis le décret n°2011-48 du 13 janvier 2011, repris par l'article 1442 du Code de procédure civile qui vise la convention d'arbitrage.

²⁸¹ Civ. 1^e, 22 novembre 2005, n°04-11.384, *Bull I*, n°421.

La Cour de cassation ne pouvait plus clairement reconnaître la double coloration, contractuelle et juridictionnelle, de l'arbitrage. En l'espèce, l'absence de consentement des parties a conduit à l'annulation de la « sentence »²⁸², puisque les arbitres ont statué sans être investis par les parties.

58. Les décisions qui viennent d'être mentionnées tirent les conséquences de la double nature de l'arbitrage en annulant les décisions prises par un arbitre qui n'en est pas un, à défaut d'investiture contractuelle par les parties. Réciproquement, c'est parfois l'aspect juridictionnel de l'arbitrage qui fait défaut et qui justifie une disqualification. En effet, pour qu'il y ait arbitrage, il ne suffit pas que les parties confient une mission à un tiers pour résoudre un désaccord qu'elles entretiendraient ; encore faut-il que les parties aient confié à ce tiers la tâche de trancher « *un litige, sans lequel il n'existe pas d'arbitrage [...]* »²⁸³.

La Cour de cassation a pu réaffirmer cette position dans une hypothèse dans laquelle les parties avaient confié à un tiers le règlement d'un désaccord. Elle a reproché aux juges du fond d'avoir retenu la qualification de clause compromissoire et fait application du régime de l'arbitrage « *alors qu'il résultait de ses constatations que le tiers désigné par les parties avait reçu de celles-ci mission, non d'exercer un pouvoir juridictionnel mais de procéder sur des éléments de fait à un constat s'imposant aux parties [...]* »²⁸⁴. Il résulte de cette décision que seule peut être qualifiée d'arbitrage l'institution qui mélange une source contractuelle et une mission juridictionnelle. À défaut, l'institution formée ne pourra s'analyser en un arbitrage.

La pratique, tout comme la jurisprudence, a intégré cette double dimension.

D) La réception pratique de la nature duale de l'arbitrage

59. La pratique arbitrale, qui se laisse observer notamment à travers les règlements internationaux d'arbitrage, se réfère elle aussi très explicitement à la nature

²⁸² Sous réserve que l'on puisse qualifier de « sentence » la décision rendue par celui qui se prétend arbitre mais n'a en réalité pas reçu de pouvoir juridictionnel conféré par la volonté des parties.

²⁸³ Civ. 1^e, 15 décembre 2010, n°09-16.943, *Bull I*, n°260 ; *RTD Civ.*, 2011, p.385, note P. THERY.

²⁸⁴ Com., 16 février 2010, n°09-11.586, *Bull IV*, n°39 ; *RTD Civ.*, 2011, p. 385, note P. THERY.

duale de l'arbitrage. Ainsi, nombreuses sont les institutions d'arbitrage à portée internationale qui reconnaissent la dualité de l'arbitrage.

60. En ce sens, le règlement d'arbitrage de l'Association française d'arbitrage prévoit, en son article 1 §1, que « *L'ASSOCIATION FRANÇAISE D'ARBITRAGE (« AFA ») est saisie par une demande d'arbitrage formulée en vertu d'un compromis ou d'une clause compromissoire faisant renvoi à son intervention et à l'application de son Règlement pour régler les différends visés par la convention d'arbitrage* ». L'aspect conventionnel ressort ici expressément, en ce que ce sont les parties qui vont permettre l'application du règlement de l'AFA par le truchement d'un contrat.

L'aspect juridictionnel, quant à lui, n'est pas en reste : à la façon du Code de procédure civile français, le règlement de l'AFA prévoit en son article 15 §1 alinéa 1^{er} que « *Le Tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ; à défaut d'un tel choix, conformément à celles qu'il estime appropriées* ». Cette fois, c'est l'aspect juridictionnel de l'arbitrage qui est mis en avant.

Voilà donc un règlement qui appréhende l'arbitrage comme une institution empruntant tant au contractuel qu'au juridictionnel.

61. Tel est également le cas du règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, dite CNUDCI²⁸⁵. En effet, l'article premier de ce règlement énonce clairement que l'application du règlement n'est autorisée que « *si des parties sont convenues que leurs litiges au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, seront soumis à l'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, ces litiges seront tranchés selon ce règlement sous réserve des modifications dont elles seront convenues entre elles* ». L'influence contractuelle se déploie donc dès l'ouverture du règlement.

L'influence juridictionnelle, quant à elle, se manifeste aussi dans le même texte, en ce qu'il prévoit que le processus arbitral sera soumis à des règles de procédure fixées par le règlement. En effet, la processualisation marque déjà une pénétration du juridictionnel. Plus manifeste encore, l'article 26 intitulé « *Mesures provisoires* » prévoit

²⁸⁵ « La CNUDCI a été reconnue comme le principal organe juridique du système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international. Organe juridique à participation universelle spécialisé dans la réforme du droit commercial dans le monde depuis plus de 40 ans, la CNUDCI s'attache à moderniser et à harmoniser les règles du commerce international » (<http://www.uncitral.org/uncitral/fr/>).

que la sentence « *tranche définitivement le litige* ». L'article 30, relatif au « *Défaut* », énonce, pour sa part, que « *le tribunal arbitral peut statuer sur la base des éléments de preuve dont il dispose* ». Enfin, pour l'exercice de cette mission juridictionnelle consistant à mettre un terme au contentieux, l'article 35 dédié à la question de la loi applicable prévoit que « *Le tribunal arbitral applique les règles de droit désignées par les parties comme étant celles applicables au fond du litige. À défaut d'une telle désignation par les parties, il applique la loi qu'il juge appropriée* ».

On le voit, la mise en place de l'arbitrage CNUDCI dépend d'un contrat, tandis que la mission des arbitres CNUDCI s'inscrit dans la sphère juridictionnelle.

62. Cette même dualité se retrouve dans le règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (« CCI »), qui prévoit lui aussi que les arbitres tranchent le litige avec les règles de droit dont la compétence aura été déterminée par les parties²⁸⁶. Insistant sur cet aspect juridictionnel, le règlement prévoit également que « *le tribunal arbitral peut décider de statuer sur le litige seulement sur pièces soumises par les parties, à moins que l'une des parties ne demande une audience* ». On le voit, il s'agit bien pour les arbitres de trancher un litige qui nécessite l'application de règles de droit et la possibilité de statuer avec ou sans audience. Les aspects juridictionnels de l'arbitrage sont donc bien présents.

Les aspects contractuels le sont tout autant, notamment en ce que le règlement prévoit que « *lorsque les parties conviennent d'avoir recours à l'arbitrage d'après le Règlement, elles se soumettent au Règlement en vigueur à la date d'introduction de la procédure d'arbitrage, à moins qu'elles ne soient convenues de se soumettre au Règlement en vigueur à la date de leur convention d'arbitrage* ». Autrement dit, c'est la volonté des parties qui soumet leur litige à l'arbitrage et plus précisément à l'arbitrage CCI. L'influence contractuelle est donc tout aussi présente que l'influence juridictionnelle.

63. Cette approche est aussi relayée par le « *Règlement d'arbitrage international* » auquel ont adhéré le « *Center for Dispute Resolution* » et l'« *American arbitration association* », conformément à l'article 1^{er} du règlement. En effet, l'article 5

²⁸⁶ Article 17 : « *Règles de droit applicable au fond* ». Un auteur a d'ailleurs pu souligner que cet article 17, notamment en ce qu'il permet à l'arbitre de statuer en appliquant les usages du commerce, démontre que l'arbitre dispose d'une latitude plus grande que celle du juge, dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle. En ce sens, v° S. LAZAREFF, *op. cit.*, p.176.

de ce règlement fait expressément référence à la volonté des parties, tandis que son article 28, relatif au droit applicable, prévoit expressément que « *le tribunal arbitral tranchera le litige* ». Cette mission, juridictionnelle s'il en est, s'accomplira, toujours selon le même article, en appliquant « *la ou les lois de fond, ou les règles de droit choisies par les parties. À défaut d'un tel choix, le tribunal appliquera la ou les lois ou règles de droit qu'il jugera appropriées* ». On voit donc très clairement ici que la mission juridictionnelle des arbitres est soumise à l'expression des parties. Contractuel et juridictionnel sont une fois de plus mélangés dans cet arbitrage IDR.

64. Enfin, le règlement arbitral de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'Ohada (CCJA) fait lui aussi référence à l'arbitrage comme une institution hybride. En effet, il énonce en son article 2 : « *la mission de la Cour est de procurer, conformément au présent règlement, une solution arbitrale lorsqu'un différend d'ordre contractuel, en application d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, lui est soumis par toute partie à un contrat, soit que l'une des parties ait son domicile ou sa résidence habituelle dans un des États-parties, soit que le contrat soit exécuté ou à exécuter, en tout ou partie sur le territoire d'un ou de plusieurs États-parties* ». L'aspect contractuel de l'arbitrage, marqué par la nécessaire clause compromissoire ou le compromis d'arbitrage, coexiste avec l'aspect juridictionnel souligné par la nécessité pour les arbitres d'apporter une solution au litige²⁸⁷.

65. De l'examen de ces principaux règlements, il s'infère très clairement que l'arbitrage, à travers les principales cultures juridiques, est une institution qui confère aux arbitres une mission juridictionnelle, celle de trancher le litige, par suite de l'expression de la volonté des parties de remettre à la décision de l'arbitre l'issue de leur conflit. Tout comme la doctrine, la pratique internationale conçoit donc l'arbitrage comme une institution dans laquelle s'unissent des aspects juridictionnels et des aspects conventionnels.

²⁸⁷ Présentant le règlement adopté le 11 mars 1999 à Ouagadougou, un auteur a pu préciser que c'était justement l'objet de ce décret que de faire ressortir les différents aspects et notamment l'aspect juridictionnel de l'arbitrage CCJA (en ce sens v° R. BOURDIN, « Le Règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage », *Revue camerounaises de l'arbitrage*, 1999, n°5, p.10).

En somme, le triomphe de la conception dualiste de l'arbitrage est indubitable : tant la doctrine, dans sa majorité, que la loi, la jurisprudence et la pratique arbitrale, reconnaissent que l'arbitrage présente une double dimension, contractuelle et juridictionnelle. Cette conception, qui prévaut aujourd'hui, n'a pourtant pas été sans connaître elle-même ses détracteurs. En effet, certains auteurs ont proposé de dépasser la conception dualiste pour adopter une approche autonome de l'arbitrage. On le verra, cette conception, restée minoritaire, n'avance pas d'arguments suffisamment forts pour remettre en cause la nature résolument dualiste de l'arbitrage, très largement répandue aujourd'hui.

§2) La critique minoritaire de la conception dualiste de l'arbitrage en doctrine

66. Deux auteurs ont contesté la conception dualiste de l'arbitrage. Ils ne se retrouvaient ni dans les conceptions monistes ni dans la conception dualiste, ce qui les a naturellement conduits à proposer une troisième manière d'appréhender l'institution arbitrale. Ils considéraient que l'arbitrage n'est ni entièrement contractuel, ni entièrement juridictionnel, ni même un cumul du contractuel et du juridictionnel. En ce sens, Madame Rubellin-Devicchi clôturait sa thèse en écrivant que « *pour permettre à l'Arbitre de connaître le développement qu'il mérite, tout en le maintenant dans de justes limites, il faut admettre, croyons-nous, que sa nature n'est ni contractuelle, ni juridictionnelle, ni hybride, mais autonome* »²⁸⁸. En somme, pour ceux qu'on appellera les autonomistes, dire de l'institution arbitrale qu'elle est une institution duale n'est « *pas tout à fait exact* »²⁸⁹. Il faut donc, selon ces auteurs, renouveler l'approche de l'institution.

Cette appréhension renouvelée de l'institution arbitrale prend son origine dans une critique de la doctrine dualiste (A) guidée par la volonté de consacrer pleinement la spécificité, donc l'autonomie, de l'institution arbitrale (B).

A) Les critiques de la doctrine dualiste

²⁸⁸ J. RUBELLIN-DEVICHI, Essai sur la nature de l'arbitrage, *op. cit.*, n°584, p.365.

²⁸⁹ *Ibid.*, n°13, p.17.

Pour les autonomistes, la doctrine dualiste n'est pas assez indépendante. Elle présenterait deux écueils principaux : d'une part, elle réduirait la notion d'arbitrage en la définissant par référence (1) ; d'autre part, elle conduirait à dénaturer certains éléments de régime de l'arbitrage qui mériteraient d'être repensés de manière autonome (2).

1. Les insuffisances supposées de la définition par référence

67. Pour les dualistes, l'arbitrage est une institution qui emprunte à la fois au contractuel et au juridictionnel. En conséquence, les dualistes appréhendent l'institution arbitrale en opérant par référence : une référence au contrat, une autre à l'acte juridictionnel²⁹⁰. L'arbitrage se définit donc par le recoupement de ces deux éléments, sans faire appel à aucune caractéristique propre. C'est précisément ce que les autonomistes reprochent aux dualistes.

Pour les autonomistes, la conception dualiste, qui opère par référence aux modèles contractuel et juridictionnel, ne rend pas à l'arbitrage sa véritable dimension. Ce renvoi obérerait le caractère singulier de l'institution arbitrale. En effet, le contrat et le juridictionnel sont deux notions connues. Par conséquent, en définissant à l'aide de ces notions, les dualistes retirent à l'arbitrage tout particularisme, laissant même entendre qu'il ne s'agit pas d'une institution spécifique. En effet, raisonner *a pari*, c'est raisonner à partir d'un modèle, donc nier toute la spécificité de l'objet étudié. C'est considérer que le modèle et l'objet qui y est confronté sont similaires. La méthode de la référence empêcherait donc la reconnaissance du particularisme de l'institution arbitrale.

68. Cet argument qui fait sens peut être néanmoins contesté. En effet, il semble que ce soit plutôt les conceptions monistes de l'arbitrage qui aient retiré à l'institution toute sa spécificité : tant la conception exclusivement juridictionnelle que la conception exclusivement contractuelle présentaient ce défaut d'occulter toute une dimension de l'institution, en la présentant comme un contrat à part entière ou comme une institution juridictionnelle à part entière. Ainsi défini, l'arbitrage était effectivement dénué de toute originalité par rapport à l'institution juridictionnelle ou au contrat auquel il était

²⁹⁰ En ce sens, v° J. YANGOUMALE, *op. cit.*, n°104 et s., p.55 et s.

assimilé²⁹¹. À l'inverse, la conception dualiste de l'arbitrage propose une approche qui lui confère une spécificité que les conceptions monistes lui déniaient. Elle présente le mérite de « créer » un alliage unique, qui donne à l'arbitrage une place toute particulière en droit. Aucune autre institution n'emprunte à la fois au contrat et au juridictionnel. Il n'est dès lors pas besoin de vouloir rendre autonome ce qui est par essence singulier pour s'assurer de sa spécificité. L'approche dualiste suffit, nous semble-t-il, à traduire toute la particularité de l'arbitrage, qui est unique précisément par la réunion des aspects contractuel et juridictionnel sur lequel il repose.

Outre les critiques portant sur la méthode d'approche de l'arbitrage, les autonomistes dénoncent également les répercussions jugées négatives de la conception dualiste sur différents éléments de régime de l'institution arbitrale. Là encore, l'argument n'est pas insurmontable.

2. Le prétendu impact négatif de la conception dualiste sur le régime de l'arbitrage

69. La méthode de la définition par référence, décriée par les autonomistes, induit une approche complexe du régime de l'arbitrage. En effet, opérer par référence pour déterminer la nature de l'institution arbitrale impacte nécessairement les éléments de son régime, en conduisant à appliquer tantôt les règles du contrat, tantôt celles du procès. Cela suppose de déterminer ce qui, dans l'arbitrage, se rattache au contractuel, et ce qui se rattache au juridictionnel. C'est une étape liminaire indispensable pour identifier les règles applicables : il faut rattacher chaque aspect de l'arbitrage à sa catégorie de référence pour connaître le régime à appliquer. L'arbitrage n'aurait donc pas de régime propre, mais il emprunterait tantôt au régime du contrat, tantôt à celui de l'acte juridictionnel.

70. Pour les autonomistes, cette approche n'est pas envisageable. Ils rejettent l'idée selon laquelle, pour déterminer les éléments de régime des différents aspects de l'institution arbitrale, « *le seul problème qui se pose consiste à tenir compte dans une juste*

²⁹¹ Ce qui avait le mérite de simplifier, beaucoup trop certes, les questions liées au régime de l'arbitrage puisqu'il suffisait d'y appliquer le régime des contrats ou des institutions juridictionnelles, suivant la position moniste retenue.

mesure, à la fois du but juridictionnel, et de l'origine contractuelle de l'institution »²⁹². Pour les tenants d'une vision autonome de l'institution, opérer ainsi par référence suscite une double difficulté : d'une part, il faut réussir à rattacher la question posée à la bonne influence²⁹³. Autrement dit, il est nécessaire de déterminer si tel ou tel aspect de l'arbitrage relève plutôt du contrat ou de l'acte juridictionnel. D'autre part, il faut ensuite appliquer le régime propre à l'un ou à l'autre, ce qui, une fois encore, ferait perdre à l'arbitrage toute singularité. Ainsi, par exemple, Monsieur HENRY considère que le dualisme empêche l'impartialité d'avoir son propre sens en matière d'arbitrage²⁹⁴. Cette critique, qui se subdivise en deux aspects, peut être dépassée.

71. D'abord, s'agissant de l'argument selon lequel la méthode par référence occulterait la spécificité du régime de l'arbitrage, cette critique ne peut être utilement opposée qu'aux monistes et non aux dualistes. En effet, seuls les premiers simplifient le régime de l'arbitrage à outrance en appliquant exclusivement les éléments de régime du contrat ou des actes juridictionnels, selon la conception retenue. Dans cette mesure, il est vrai que les conceptions monistes aboutissent à nier toute particularité à l'arbitrage du point de vue des éléments de régime. Toutefois, il n'en va pas ainsi de la méthode dualiste. En effet, cette approche implique une hybridité des règles applicables à l'arbitrage et confère ainsi à cette institution toute sa singularité. Il n'est nul besoin de créer un régime autonome, détaché de toute catégorie préexistante, pour entériner la spécificité d'une institution. Le simple fait qu'elle soit régie par deux corps de règles distincts suffit à en assurer l'originalité.

72. Ensuite, s'agissant de la difficulté, soulevée par les autonomistes, de rattacher chaque élément de régime à l'une ou l'autre des composantes de l'arbitrage, l'objection n'est pas dénuée de pertinence. Elle pointe l'un des défis principaux de l'approche dualiste, qui est celui de sa mise en œuvre. Il est vrai qu'il est nécessaire d'identifier un critère de rattachement à l'aspect contractuel et à l'aspect juridictionnel

²⁹² J. RUBELLIN-DEVICHI, *Essai sur la nature de l'arbitrage*, *op. cit.*, n°13, p.17.

²⁹³ En ce sens, Monsieur Henry énonce : « un tel système de référence exige que l'on affecte à chacun de ces deux modèles, un domaine spécifique à l'intérieur du régime de l'arbitrage avec la nécessité de déterminer en cas de conflit de compétence entre le modèle/ordre contractuel et le modèle/ordre juridictionnelle, celui qui bénéficiera de la compétence "résiduelle" » M. HENRY, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, *op. cit.*, n°47, p.22.

²⁹⁴ *Ibid.*, n°73, p.41-42.

de l'arbitrage, pour identifier les règles applicables. Pour autant, cette difficulté mérite-t-elle une remise en cause radicale de l'approche dualiste ? Il ne nous semble pas. Chacun des corps de règles, contractuel d'un côté, juridictionnel de l'autre, existe de manière précise, détaillée, prévisible. La question qui reste à trancher n'est que celle de leurs champs d'application respectifs en matière d'arbitrage. N'est-il pas plus simple d'identifier un critère de rattachement qui permette l'application de ces règles existantes, plutôt que de créer *ex nihilo* tout un corps de règles spécifique à l'arbitrage ? La difficulté de trouver un critère de rattachement est réelle, mais elle n'est pas insurmontable. C'est précisément l'un des objets de la présente thèse que de dépasser cette difficulté en proposant, au sujet de la responsabilité, un critère de rattachement efficace pour délimiter les aspects contractuels et les aspects juridictionnels de la responsabilité de l'arbitre²⁹⁵. Cette recherche, si elle s'avère fructueuse, prouvera que la critique adressée à l'approche dualiste n'est pas dirimante.

En tout état de cause, les propositions auxquelles aboutit la doctrine autonomiste en suite des critiques formulées contre la conception dualiste nous semblent être davantage sources de difficultés que l'approche dualiste elle-même.

B) La proposition d'une conception autonome de l'arbitrage

Forts des critiques adressées à la conception dualiste de l'arbitrage, les autonomistes ont proposé une approche particulière de l'arbitrage (1) qui n'est pas sans présenter elle-même des insuffisances (2).

1. La présentation de la conception autonome

73. Les autonomistes pourraient être désignés comme des phénoménologues²⁹⁶, en écho à cette branche de la philosophie qui repose sur un refus d'hériter, c'est-à-dire d'appréhender les notions par référence à d'autres notions. La phénoménologie est une appréhension intellectuelle qui, par définition, permet une approche nouvelle des notions analysées. Ainsi, appréhender l'arbitrage phénoménologiquement, c'est l'analyser sans *a priori*, c'est-à-dire sans les acquis du

²⁹⁵ Sur le critère retenu, v° *infra*, n°136 et s.

²⁹⁶ En ce sens, v° J. YANGOUMALE, *op. cit.*

passé. C'est donc opérer à l'inverse de la méthode par référence qui fait, comme on l'a vu, appel à des institutions connues et anciennes. Autrement dit, les autonomistes veulent proposer une vision nouvelle, détachée de toute référence à des notions anciennes, pour rendre à l'arbitrage sa singularité.

74. Monsieur Henry, fervent défenseur de cette conception autonome, expose très clairement que cette volonté de rendre à l'arbitrage sa dimension propre est au cœur de sa démarche et de celle de Madame Rubellin-Devicchi, dans la lignée de laquelle il se situe. Cette démarche intellectuelle apparaît notamment dans ses propos lorsqu'il énonce : « *aussi, et afin de libérer l'arbitrage de la logique de référence dans lequel il est enfermé, il conviendrait de dépasser le caractère mixte qui lui est prêté pour consacrer enfin sa nature pleinement originale. Ce souhait avait déjà été émis par Mme RUBELLIN-DEVICCHI qui faisait remarquer à propos de l'arbitrage, à la fin de son ouvrage que "reconnaître sa nature originale permettrait d'éviter bien des incohérences" »*²⁹⁷. L'objectif est clairement affiché : rendre à l'arbitrage sa singularité. C'est l'objectif poursuivi par cette approche.

Pour l'atteindre, ces auteurs proposent d'appréhender l'arbitrage comme un tout, comme un ensemble, comme un phénomène autonome. Ils proposent une lecture phénoménologiste de l'institution qui ne peut que conduire à l'autonomie²⁹⁸ de l'arbitrage lequel sera, par l'essence même d'une telle approche, libre de tout *a priori*, détaché de tout modèle de référence.

Cette proposition, qui présente le mérite d'interroger l'approche réservée à l'arbitrage, ne nous paraît pas suffisamment aboutie pour être opérationnelle.

2. *Les insuffisances de la conception autonome*

75. La limite la plus importante de la conception autonome tient à ce qu'elle s'inscrit davantage dans une philosophie générale entourant la façon d'appréhender

²⁹⁷ M. HENRY, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, op. cit., n°55, p.27.

²⁹⁸ Monsieur Henry souligne d'ailleurs que la notion d'autonomie est une notion qui irrigue l'arbitrage lorsqu'il s'agit « *de mesurer la portée des pouvoirs de l'arbitre ou encore celle de la clause compromissoire par rapport au contrat principal* » (M. HENRY, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, op. cit., n°73, p.41).

l'arbitrage, que dans la proposition d'un ensemble concret de règles applicables à l'arbitrage. En effet, aucun des autonomistes n'a véritablement proposé de nouvelle définition de l'arbitrage, ni de régime original qui marquerait son autonomie par rapport aux règles de droit commun. De fait, on voit mal comment l'arbitrage pourrait être défini autrement que par la réunion des aspects contractuel et juridictionnel dont il est le fruit. Si cette doctrine invite à une nouvelle appréhension de l'institution arbitrale, elle est encore trop balbutiante pour aboutir à un ensemble complet et systématique de règles originales qui s'appliqueraient à toutes les questions susceptibles de se poser en matière arbitrale.

76. C'est probablement ce qui explique que cette vision de l'arbitrage n'a pas eu le retentissement que ses tenants ont sans doute souhaité. En effet, la conception autonome de l'arbitrage n'a pas connu une large réception. L'institution arbitrale est toujours perçue comme une institution duale²⁹⁹.

Cela n'empêche d'ailleurs nullement qu'elle soit particulière. Ce n'est pas parce que l'arbitrage prend ses racines dans d'autres institutions qu'il ne présente aucune spécificité. C'est même plutôt l'inverse qui se produit, puisque l'arbitrage est la seule institution construite sur ce schéma. Certes, il est un alliage, mais un alliage unique qui ne se confond pas avec les matières qui le forment. C'est donc une façon d'être spécifique. Ainsi, même présenté comme une institution duale, l'arbitrage est une institution singulière, par les influences croisées des dimensions juridictionnelle et contractuelle qui le caractérisent. Bien que n'étant pas une institution *sui generis*, il n'en demeure pas moins qu'aucune autre institution ne lui est semblable.

En tout état de cause, qu'importe que sa particularité soit le fruit d'un alliage ou qu'elle soit le fruit d'une approche *sui generis*, dès lors que la qualification retenue n'empêche pas le développement d'un régime propre et adapté à cette institution. La question de la responsabilité de l'arbitre en est une illustration parfaite.

²⁹⁹ Pour Messieurs Seraglini et Ortscheidt, la nature duale de l'arbitrage fait non seulement consensus parmi les auteurs mais elle est également « *d'une certaine manière consacrée par les dispositions du Code de procédure civile français* » (C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°15-16, p. 21-22). L'institution reste perçue tant par la doctrine que par le législateur et la jurisprudence comme une institution duale.

CONCLUSION DE CHAPITRE

77. Originellement conçu comme une institution moniste, l'arbitrage a été d'abord perçu comme un simple contrat, puis comme une simple institution juridictionnelle. Ces deux approches présentaient chacune l'inconvénient d'occulter l'une des deux dimensions de l'arbitrage. C'est la raison pour laquelle elles ont été dépassées par une conception moderne reposant sur une approche dualiste.

Il est désormais admis que l'arbitrage est une institution hybride, fruit d'une double composante contractuelle et juridictionnelle. En effet, l'arbitrage est contractuel par son origine, puisque la désignation d'un arbitre repose sur un contrat souscrit entre l'arbitre et les parties, mais il est juridictionnel par sa fonction, en ce qu'il investit l'arbitre de la tâche de trancher le litige qui oppose les parties.

Cette approche duale de l'institution arbitrale est fermement ancrée en droit positif, nonobstant quelques voix qui s'élèvent pour prôner une approche encore différente consistant à envisager l'arbitrage comme une institution autonome, détachée de ses influences contractuelle et juridictionnelle.

La dualité de l'arbitrage, qui fait toute la spécificité de cette institution, doit nécessairement rejaillir sur l'ensemble de ses éléments de régime, y compris sur la question de la responsabilité. Ainsi, la responsabilité de l'arbitre doit être reconnue comme une responsabilité d'une double nature, en conséquence de la double nature de l'institution arbitrale elle-même.

Chapitre 2 : La double nature de la responsabilité de l'arbitre

78. La nature hybride de l'arbitrage doit-elle influencer la nature de la responsabilité de l'arbitre? Telle n'est pas, en l'état du droit positif, la solution majoritairement retenue. En effet, pour l'essentiel, la jurisprudence considère que l'arbitre engage une responsabilité de nature contractuelle en cas de manquement à l'une de ses obligations. Cette position nous semble partiellement fondée : dès lors que l'arbitre manque à ses obligations contractuelles, il est normal qu'il engage une responsabilité de nature contractuelle.

Cependant, toutes les obligations de l'arbitre ne peuvent pas être qualifiées de contractuelles. La dualité même de l'institution arbitrale se traduit par l'existence d'obligations que l'arbitre assume, non pas en sa qualité de contractant, mais en sa qualité de juge institué par les parties. Ces obligations revêtent une nature juridictionnelle, et non pas contractuelle. Elles devraient donc justifier l'engagement d'une responsabilité de nature délictuelle, et non pas contractuelle.

Ainsi, si l'arbitre engage indubitablement sa responsabilité contractuelle par certains manquements, d'autres manquements devraient, tout aussi certainement, entraîner l'engagement de sa responsabilité délictuelle. C'est donc bien une responsabilité d'une double nature que devrait encourir l'arbitre : tantôt contractuelle (section 1), tantôt délictuelle (section 2).

Section 1 : Une responsabilité de nature contractuelle

La responsabilité civile de l'arbitre, sur laquelle la législation française est muette, est une œuvre prétorienne, qui se construit pas à pas à l'aide de la doctrine. Sur cette base, il apparaît que cette responsabilité est engagée sur le terrain contractuel (§1). Cette solution prendrait sa justification dans l'application du principe du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle (§2).

§1) L'affirmation d'une responsabilité de nature contractuelle de l'arbitre

La jurisprudence retient, pour l'essentiel, la nature contractuelle de la responsabilité de l'arbitre (A). Nombreux sont les auteurs qui approuvent cette position, en la justifiant plus ou moins (B).

A) L'affirmation jurisprudentielle

79. Dans le silence de la loi, la jurisprudence a tranché en faveur de la nature contractuelle de la responsabilité civile de l'arbitre. En effet, toutes les décisions rendues en matière de responsabilité arbitrale engagent la responsabilité contractuelle de l'arbitre, que la faute ait été commise dans l'exercice de sa fonction de prestataire de service ou dans celui de sa fonction juridictionnelle. Cet état de la jurisprudence conduit alors à considérer qu'en droit positif, la responsabilité de l'arbitre serait toujours de nature contractuelle.

Les différentes solutions rendues peuvent s'ordonner autour de deux thématiques. Certaines décisions sont rendues en présence d'un manquement de l'arbitre à son obligation de respecter les délais de l'arbitrage, ce que les juges rattachent à l'exécution du contrat d'arbitre, donc à la mission contractuelle de l'arbitre. D'autres décisions portent sur la responsabilité de l'arbitre, engagée dans le cadre de l'exercice de sa fonction juridictionnelle. Dans l'un et l'autre cas, que le fait générateur de responsabilité relève de l'exécution du contrat d'arbitre (1) ou de la fonction juridictionnelle (2), c'est une responsabilité de nature contractuelle qui est engagée.

1. Une responsabilité contractuelle dans le cadre de l'exécution du contrat d'arbitre

80. On le verra plus en détail dans la suite de nos travaux³⁰⁰, l'arbitre est tenu de respecter un délai au sein duquel il doit rendre sa sentence. Ce délai est déterminé par les parties ou, dans leur silence, par la loi pour ce qui est des arbitrages internes³⁰¹.

³⁰⁰ En ce sens, v° *infra*, n°212-213.

³⁰¹ En ce sens, v° l'article 1456 du Code de procédure civile dans sa rédaction issue du décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage. En matière international, cette disposition n'est pas

L'inobservation de ce délai peut parfois placer l'arbitre dans l'impossibilité de rendre une sentence valable. C'est dans un tel contexte que la responsabilité de certains arbitres a été recherchée et donné lieu à des décisions de jurisprudence retenant une responsabilité de nature contractuelle.

81. Ainsi, dans un arrêt rendu par sa première chambre civile le 6 décembre 2005³⁰², la Cour de cassation a considéré « *qu'en laissant expirer le délai d'arbitrage sans demander sa prorogation au juge d'appui, à défaut d'accord des parties ou faute pour celles-ci de la solliciter, les arbitres, tenus à cet égard d'une **obligation de résultat**, ont commis une faute ayant entraîné l'annulation de la sentence, et ont engagé leur responsabilité* ». Il est donc ici très clair que, pour la Cour de cassation, la faute de l'arbitre n'ayant pas respecté le délai de reddition de sa sentence ni demandé une prorogation de ce délai engage sa responsabilité contractuelle. En considérant que l'obligation de ne pas laisser expirer le délai est une obligation de résultat, la Cour de cassation considère implicitement que le manquement reproché est de nature contractuelle. En effet, la distinction entre les obligations de moyens et les obligations de résultat constitue une subdivision de la catégorie des obligations contractuelles³⁰³. Si la Cour de cassation se réfère à cette subdivision propre à la responsabilité contractuelle, c'est donc qu'elle considère que l'arbitre engage, dans cette situation, sa responsabilité contractuelle. Tel est d'ailleurs, à en croire Madame Viney, le premier apport de cet arrêt³⁰⁴. Cette lecture de l'arrêt est clairement renforcée par le visa auquel la Cour de cassation statue, à savoir l'ancien article 1142 du Code civil, qui sanctionnait le

reprise de telle sorte que l'arbitre ne se voit imposer un délai pour rendre sa sentence que si les parties en ont prévu un. Dans le silence des parties, il ne faudrait pas pour autant croire que la mission de l'arbitre n'est enserrée dans aucun délai, car il restetenu d'une obligation de célérité. Si nous distinguons cette obligation de celle imposant le respect des délais de l'arbitrage, force est de constater qu'elle reste une obligation de nature à limiter temporellement la mission de l'arbitre.

³⁰² Civ. 1^e, 6 décembre 2005, n°03-13.116, *JCP G*, 2006, I, 148, n°2, obs. C. SERAGLINI ; *Rev. arb.* 2006, p.126, note C. JARROSSON ; *JCP G*, 2006, II, 10666, note T. CLAY ; *D.*, 2006, jurisp. 274, note P.-Y. GAUTIER ; *RTD Com.*, 2006, p.299, note E. LOQUIN ; *RTD Civ.*, 2006, p.144, obs. P. THERY ; *RLDC*, 2006, p. 14, obs. F.-X. TRAIN ; *JCP E*, 2006, p.1284, note G. CHABOT ; *JCP E*, 2006, p.1395, obs. J. PAILLUSSEAU.

³⁰³ En ce sens, v° E. LOQUIN, « La dualité du régime de la responsabilité de l'arbitre », *JCP G*, 2014, p.392, spé. n°3.

³⁰⁴ Dans sa note sous l'arrêt du 6 décembre 2005, Madame Viney a commencé par souligner que « Tout d'abord, [l'arrêt commenté] affirme le caractère contractuel de la relation entre les arbitres et les parties à l'instance arbitrale et en déduit que les arbitres encourent une responsabilité contractuelle lorsqu'ils ont manqué aux obligations qui découlent de ce contrat » (G. VINEY, « Les obligations et la responsabilité contractuelle de l'arbitre », *RDC*, 2006, p.812).

manquement à toute obligation de faire ou ne pas faire par l'engagement de la responsabilité contractuelle du débiteur.

82. De la même façon, dans un arrêt en date du 31 mars 2015³⁰⁵, la cour d'appel de Paris a considéré, implicitement, que la responsabilité de l'arbitre en matière de respect des délais était de nature contractuelle. Pour ce faire, la cour d'appel a commencé par rappeler que « *les arbitres sont tenus de préserver l'instance arbitrale en veillant à ce que le délai de reddition de la sentence ne soit pas expiré ; que sauf à engager leur responsabilité, il leur appartient, ce qu'ils n'ont pas fait, de prendre, à cet effet, toutes initiatives utiles afin d'obtenir, le cas échéant, sa prorogation conventionnelle ou judiciaire* ». Poursuivant, elle a précisé la manière dont l'arbitre engage sa responsabilité lorsqu'il manque à cette obligation : « *tenus, dans la conduite de l'instance arbitrale, d'une **obligation de moyens**, [les arbitres] ont engagé leur responsabilité en ne prenant pas les initiatives procédurales qui leur incombaient* ». Ainsi, en se référant à la notion d'obligation de moyens, la cour d'appel, tout comme la Cour de cassation avant elle, a considéré que la violation par les arbitres de leur obligation de respecter les délais de l'arbitrage est de nature à engager leur responsabilité suivant les conditions prévues en matière de responsabilité contractuelle. Si ce sont les conditions de la responsabilité contractuelle qui doivent être mises en œuvre, c'est naturellement que la responsabilité est de nature contractuelle.

83. De ces jurisprudences, il s'infère très clairement que la responsabilité de l'arbitre est de nature contractuelle. Pour autant, ces décisions impliquent-elles nécessairement que la responsabilité de l'arbitre soit toujours de nature contractuelle ? Les deux décisions mentionnées ont trait à la violation d'une obligation particulière : celle de respecter les délais de l'arbitrage. Or, l'arbitre est soumis au respect d'autres obligations qui pourraient être sanctionnées par une responsabilité d'une autre nature. Dès lors, ces décisions ne suffisent pas, à elles seules, à préjuger de tous les cas de responsabilité arbitrale. Au mieux, elles permettent de déterminer la nature de la responsabilité qu'engage l'arbitre dans l'exercice de sa mission de prestataire de services. En effet, comme l'a expressément énoncé la cour d'appel de Paris dans l'arrêt

³⁰⁵ CA Paris, 31 mars 2015, *Banque Delubac c/ X*, n°14-05436, *RTD Com.*, 2016, p.76, note E. LOQUIN (« La responsabilité des arbitres pour dépérissement du délai d'arbitrage ») ; *D.*, 2015, p.2588, obs. T. CLAY ; *RTD Civ.*, 2015, p.612 obs. H. BARBIER ; *Les cahiers de l'arbitrage*, 2015, p.313, obs. M. HENRY.

du 31 mars 2015, les obligations découlant du respect des délais de l'arbitrage se rattachent à l'aspect contractuel de l'arbitrage : « *leur abstention [à solliciter un report du délai] ne ressortissant pas à l'exercice de leur mission juridictionnelle mais relevant de l'exécution du contrat d'arbitre, les arbitres ne peuvent exciper d'une immunité de principe qui ne pourrait être écartée qu'en présence d'une faute équipollente au dol, constitutive d'une fraude, d'une faute lourde ou d'un déni de justice* ». En effet, en considérant que pour échapper à leur responsabilité pour ne pas avoir sollicité un report du délai, les arbitres ne peuvent se prévaloir de leur immunité, laquelle est rattachée uniquement à leur fonction juridictionnelle, la cour d'appel de Paris considère donc qu'en cette matière, c'est une responsabilité contractuelle de droit commun qui doit être recherchée. Ce rattachement autorise donc à considérer que la portée des jurisprudences mentionnées s'étend à tous les cas dans lesquels le manquement reproché à l'arbitre s'inscrit dans le cadre de sa mission contractuelle, donc dans l'exercice de sa fonction de prestataire de services.

En revanche, les arrêts étudiés ne permettent pas de répondre à la question de la nature de la responsabilité des arbitres pour les manquements qu'ils commettent dans l'exercice de leur fonction juridictionnelle. D'ailleurs, la motivation de ces décisions est trop circonstanciée pour que l'on puisse en déduire une position de principe des juges sur la responsabilité de l'arbitre en général. Il apparaît donc nécessaire de se pencher sur d'autres décisions qui ont interrogé la responsabilité de l'arbitre pour des manquements à d'autres obligations que celle de respecter les délais de l'arbitrage. De fait, certaines décisions ont conduit à examiner la responsabilité de l'arbitre dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle.

2. Une responsabilité contractuelle dans le cadre de l'exercice de la fonction juridictionnelle

84. La première jurisprudence rendue en matière de responsabilité de l'arbitre, dans l'affaire *Bompard*³⁰⁶, porte sur un manquement que les juges ont rattaché à la fonction juridictionnelle de l'arbitre. Dans cette affaire, la responsabilité des arbitres était recherchée pour une erreur grossière dans le calcul du prix des parts qui faisaient

³⁰⁶ TGI Paris, 13 juin 1990, *Bompard c/ C.*, *Gazette du palais.*, 1990, II, sommaire, p.417, *Rev. arb.*, 1996, p.476, note P. FOUCHARD.

l'objet d'une cession. Le demandeur, qui venait aux droits de la partie à l'arbitrage décédée depuis, a recherché la responsabilité contractuelle des arbitres en invoquant, sur le fondement des articles 1147 et 1149 du Code civil³⁰⁷, une « *faute grossière commise dans l'établissement du prix des parts sociales* », ainsi que « *le refus de rectifier leur erreur* »³⁰⁸.

Pour rejeter cette demande, la cour d'appel de Paris a commencé par rappeler la nature hybride de l'arbitrage pour rattacher le manquement reproché à la fonction juridictionnelle de l'arbitre. Elle a ainsi débuté son raisonnement en énonçant : « *dès l'acceptation de sa mission, l'arbitre s'engage, par le contrat d'investiture qui trouve sa source dans la volonté des parties, à accomplir jusqu'à son terme sa mission d'arbitrage, en qualité de juge* »³⁰⁹. Ce faisant, elle a posé le principe suivant lequel la source de la mission juridictionnelle de l'arbitre est contractuelle. Prolongeant cette idée, elle a ensuite précisé : « *ce contrat spécifique investit l'arbitre du pouvoir de trancher le litige en le faisant accéder à la fonction de juge – exclusive par nature de toute dépendance à l'égard des parties, et, partant, de toute notion de mandat fût-ce dans le cadre de l'article 1592 du Code civil- statut qui lui impose les devoirs d'un juge, susceptibles de trouver leur sanction dans l'engagement de sa responsabilité civile en cas de faute personnelle, c'est-à-dire de manquement incompatible avec la fonction juridictionnelle* »³¹⁰.

Ayant, ce faisant, souligné le caractère hybride de l'institution arbitrale, elle en a tiré les conséquences sur la responsabilité de l'arbitre : « *le régime de responsabilité de l'arbitre ne peut donc pas être strictement d'ordre contractuel en raison de la double nature de l'institution arbitrale, contractuelle par son fondement et juridictionnelle par sa fonction* »³¹¹. Ces motifs pourraient laisser croire que la cour d'appel a opéré une distinction fondée sur la dualité de l'arbitrage : on aurait pu comprendre que la responsabilité serait contractuelle lorsque le manquement se rattache au « fondement » de l'institution arbitrale, mais qu'elle ne serait pas contractuelle lorsque la faute reprochée participe de la fonction juridictionnelle de l'arbitre. Si elle avait raisonné ainsi, elle aurait dû débouter le demandeur de sa demande aux motifs qu'en agissant en responsabilité contractuelle alors qu'il reprochait un manquement juridictionnel à

³⁰⁷ Les articles 1147 et 1149 sont respectivement devenus les articles 1231-1 et 1231-2 du Code civil à l'occasion de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016.

³⁰⁸ CA Paris, 22 mai 1991, n°90-18079, spé. p.2.

³⁰⁹ CA Paris, 22 mai 1991, n°90-18079, spé. p.4.

³¹⁰ Ibid.

³¹¹ Ibid.

l'arbitre, il était mal fondé, faute d'avoir invoqué la responsabilité délictuelle de l'arbitre³¹². Or, telle n'est pas la motivation retenue par la cour d'appel.

Elle a pourtant rattaché le manquement de l'arbitre à sa fonction juridictionnelle en estimant qu'il avait un impact sur le contenu de la sentence arbitrale : « *en l'espèce, la critique faite aux arbitres d'avoir commis une erreur grossière de calcul en imputant une somme au débit de M. BOMPART sans aucun motif ni aucune raison logique vise le contenu de la sentence et n'aurait pu, comme telle, que servir de fondement au recours en annulation de l'article 1484 du N.C.P.C* »³¹³. Toutefois, pour écarter la responsabilité de l'arbitre, elle a jugé que « *la faute alléguée qui se rattache directement au contenu de l'acte juridictionnel et constitue une critique de la valeur des motifs énoncés par la sentence, ne constitue pas la faute personnelle seule de nature à ouvrir droit à une action en responsabilité contre les arbitres. Considérant que dès lors, le droit d'agir n'existait pas en la cause, l'action doit être déclarée irrecevable, le jugement étant réformé en ce sens* »³¹⁴. Autrement dit, elle a rejeté la demande fondée sur la responsabilité contractuelle de l'arbitre au motif que la faute personnelle nécessaire à l'engagement de la responsabilité de l'arbitre n'était pas caractérisée. On pourrait alors interpréter cet arrêt en retenant que la Cour de cassation a, implicitement, considéré que le fondement de la responsabilité contractuelle invoqué n'était pas erroné, puisqu'elle ne l'a pas remis en cause, alors même que le manquement se rattachait directement à la fonction juridictionnelle de l'arbitre. Si on retenait cette interprétation implicite, cela induirait que, même en présence d'une faute se rattachant à la fonction juridictionnelle de l'arbitre, les juges font application des principes de la responsabilité contractuelle pour apprécier le manquement en cause. Simplement, ces principes sont aménagés quant à l'identification du fait générateur de responsabilité.

85. Cette position se retrouve également dans l'arrêt *Azran*, rendu par la Cour de cassation le 15 janvier 2014³¹⁵. Dans cette affaire, les litigants ont reproché aux arbitres d'avoir méconnu l'autorité de la chose jugée. Rejetant le pourvoi et partant l'action en responsabilité, la Haute juridiction a commencé par rattacher le manquement

³¹² Pour la démonstration de la nécessité de retenir une responsabilité de nature délictuelle pour les manquements liés à la fonction juridictionnelle de l'arbitre, v° infra Section 2 : Une responsabilité de nature délictuelle.

³¹³ CA Paris, 22 mai 1991, n°90-18079, spé. p.4.

³¹⁴ CA Paris, 22 mai 1991, n°90-18079, spé. p.5.

³¹⁵ Civ. 1^e, 15 janvier 2014, n°11-17.196, *Bull I*, n°1.

à l'exercice de la fonction juridictionnelle de l'arbitre. En ce sens, elle a énoncé que la critique était « *fondée sur la prétendue méconnaissance de l'autorité de la chose jugée, à laquelle se rattache celle concernant la poursuite de l'instance arbitrale, tendant à remettre directement en cause le contenu des sentences rendues, et partant l'exercice de la fonction juridictionnelle des arbitres* ». Poursuivant, elle a tiré les conséquences de ce rattachement en termes de responsabilité et a considéré que « *c'est à bon droit que la cour d'appel [...] a écarté leur responsabilité en l'absence de preuve de faits propres à caractériser une faute personnelle équipollente au dol ou constitutive d'une fraude, d'une faute lourde ou d'un déni de justice, justifiant ainsi légalement sa décision* »³¹⁶.

Ce faisant, elle a donc rejeté la critique du pourvoi qui considérait que la responsabilité de l'arbitre doit s'apprécier dans les conditions du droit commun, au visa des articles 1142 et 1147 du Code civil. Pour autant, ce n'est pas le champ d'application de la responsabilité contractuelle qui était ici en jeu, mais l'existence d'un manquement suffisamment grave pour engager cette responsabilité. La Cour de cassation aurait pu rejeter le pourvoi en considérant que la critique était mal-fondée, en ce qu'elle invoquait un texte propre à la responsabilité contractuelle de l'arbitre³¹⁷. En n'optant pas pour une telle approche, et, plus encore, en concentrant sa motivation sur les conditions de mise en œuvre de la responsabilité en cas de manquement de l'arbitre à sa fonction juridictionnelle, la Cour de cassation semble considérer que la question de la nature même de la responsabilité n'a pas lieu d'être débattue : lorsque la responsabilité de l'arbitre est recherchée pour un manquement en lien avec sa fonction juridictionnelle, la nature de la responsabilité est contractuelle.

86. Les deux décisions mentionnées pourraient donc être comprises comme retenant implicitement la nature contractuelle de la responsabilité des arbitres, même pour un manquement rattaché à leur fonction juridictionnelle. En effet, dans l'un et l'autre cas, la responsabilité de l'arbitre n'est jamais écartée au motif que l'action serait fondée à tort sur la responsabilité contractuelle, mais au motif que la faute reprochée à l'arbitre est insuffisamment grave pour engager sa responsabilité. On pourrait en déduire que, pour les juges, les manquements de l'arbitre aux obligations liées à sa

³¹⁶ Civ. 1^e, 15 janvier 2014, n°11-17.196, *Bull I*, n°1.

³¹⁷ D'autant que la Cour de cassation a montré qu'elle pouvait tout à fait statuer en ce sens, lorsque la responsabilité délictuelle est invoquée en lieu et place de la responsabilité contractuelle, v° Com., 13 mars 2019, n°17-26.454.

fonction juridictionnelle sont sanctionnés par l'engagement de la responsabilité contractuelle. Ainsi, la responsabilité de l'arbitre serait toujours de nature contractuelle, que le fait générateur de responsabilité se rattache à la fonction de prestataire de service de l'arbitre ou à sa fonction juridictionnelle. C'est, du reste, en ce sens que la doctrine majoritaire propose d'interpréter la jurisprudence.

B) L'affirmation doctrinale

Bien que la doctrine soit assez peu uniforme sur la question, une majorité d'auteurs semble se prononcer en faveur d'une nature exclusivement contractuelle de la responsabilité civile de l'arbitre. Pour certains, cette nature contractuelle repose sur l'évidence même, au point qu'elle ne nécessite pas d'être justifiée (2). Pour d'autres, elle s'impose en raison de la source de la mission de l'arbitre (3). Force est également de reconnaître que pour certains, la question de la nature de la responsabilité ne semble pas se poser (1).

1. Une indifférence devant la nature de la responsabilité

87. Ouvrant sa note sur la décision de la cour d'appel de Paris du 31 mars 2015 dans laquelle la responsabilité des arbitres était recherchée solidairement pour avoir statué au-delà du délai laissé par les parties, Monsieur Loquin rappelle rapidement le contenu de cette décision en ces termes : « *La cour d'appel juge qu'il existe une obligation générale de moyen à la charge des arbitres dans la conduite de l'instance arbitrale, en particulier de respecter le délai de reddition de la sentence, qui impose aux arbitres de prendre toutes initiatives utiles afin d'obtenir sa prorogation conventionnelle ou judiciaire. La Cour précise que cette obligation ne ressortit pas à l'exercice de leur mission juridictionnelle, mais relève de l'inexécution du contrat d'arbitre. Il en résulte que les arbitres ne peuvent se prévaloir de l'immunité juridictionnelle* »³¹⁸. L'auteur en déduit que « *le premier apport de l'arrêt est de qualifier d'obligation de moyen l'obligation faite à l'arbitre d'éviter le dépérissement du délai d'arbitrage* ». Ce faisant, Monsieur Loquin semble prendre une position qui laisse sous silence la question de la nature de la responsabilité de l'arbitre.

³¹⁸ E. LOQUIN, « La responsabilité des arbitres pour dépérissement du délai d'arbitrage », *RTD Com.*, 2016, p. 76, note sur CA Paris, 31 mars 2015, *Banque Delubac c/ X*.

88. Pourtant, en rattachant la question du respect du délai de l'arbitrage à la responsabilité contractuelle, la cour d'appel prend part au débat sur la nature de la responsabilité de l'arbitre³¹⁹. Au vrai, c'est même la première chose qui ressort de cette décision. Ce n'est que dans un second temps que la cour d'appel applique le régime de l'obligation de moyens à cette obligation de respecter les délais de l'arbitrage. En taisant cela, Monsieur Loquin prend le parti de ne pas se positionner sur la question de la nature de la responsabilité.

Cette position est constante chez Monsieur Loquin : commentant la décision de la première chambre civile du 15 janvier 2014, il n'a pas souligné la position prise par la Haute juridiction sur la question de la nature de la responsabilité civile de l'arbitre. Il a seulement considéré que cet arrêt apportait « *une contribution utile à l'édification du régime de la responsabilité de l'arbitre* »³²⁰. Ces silences pourraient alors laisser entendre que Monsieur Loquin ne souhaite pas s'immiscer dans le débat de la nature de la responsabilité de l'arbitre.

89. Le club des juristes s'est lui aussi rangé derrière cette volonté de ne pas prendre part au débat sur la nature de la responsabilité de l'arbitre. En effet, alors que les éminents spécialistes de l'arbitrage composant cette association considéraient qu'il était « *nécessaire [...] de dresser l'état de la question de la responsabilité disciplinaire, civile et pénale de l'arbitre, en droit français, et en droit comparé, éclairé par les travaux de doctrine existants, nourri par la jurisprudence et instruit par l'expérience* »³²¹, ils ont décidé de passer sous silence la question de la nature de la responsabilité civile de l'arbitre. Pourtant, développant la question de la responsabilité civile, le club des juristes souligne d'emblée la spécificité de la responsabilité de l'arbitre puisque ce dernier est à la fois un juge et un prestataire de services. Toutefois, pour eux, cette spécificité de l'arbitrage n'est porteuse de conséquences que sur le régime de la responsabilité de l'arbitre, et non sur sa nature.

³¹⁹ V° *supra*, n°78.

³²⁰ E. LOQUIN, « La dualité du régime de la responsabilité de l'arbitre », *op. cit.*

³²¹ CLUB DES JURISTES, *La responsabilité de l'arbitre : rapport du club des juristes*, Le club des juristes, 2017, spé. p.13.

90. Au vrai, conclure à un positionnement de ces auteurs n'est pas chose aisée. Une chose est sûre, ils ne se sont pas prononcés sur la nature de la responsabilité. Une chose est moins sûre, l'interprétation de leur silence. On pourrait, comme on l'a fait considérer que ce silence est la preuve qu'ils ne souhaitent pas entrer dans ce débat attendant que les juridictions se prononcent. On pourrait aussi considérer que leur silence est une prise de position. En effet, en s'abstenant de tout élément de commentaire sur la question de la nature de la responsabilité de l'arbitre, il serait envisageable de considérer que c'est parce que pour ces auteurs, il n'y a rien à dire sur la nature de la responsabilité de l'arbitre qui est de nature exclusivement contractuelle. Cela de manière si évidente que se prononcer à ce sujet serait nécessairement superfétatoire. La question de l'interprétation de ces silences se pose puisque les décisions commentées offraient la possibilité de se prononcer sur la nature de la responsabilité retenue.

Des auteurs ont eu pris une position explicite en considérant que la responsabilité est, par évidence, de nature contractuelle.

2. *Une affirmation relevant de l'évidence*

91. Pour une partie des auteurs qui s'intéressent à la question de la responsabilité de l'arbitre, la nature de cette responsabilité n'est même pas un sujet. En ce sens, on peut par exemple citer Monsieur Stoffel-Munck. Dans un article de fond consacré à la responsabilité de l'arbitre³²², cet auteur va se pencher sur tous les aspects du régime de la responsabilité des arbitres en s'intéressant à la responsabilité pour mal-jugé, qui relève de la mission de l'arbitre-juge, mais également à la responsabilité que l'arbitre peut engager en qualité de prestataire de services, en dehors de sa fonction juridictionnelle. Autrement dit, cet auteur retient une approche de la responsabilité de l'arbitre qui inclut la double dimension de l'arbitrage, à savoir la fonction juridictionnelle et la source contractuelle. Il interroge la responsabilité de l'arbitre à travers la dualité de l'institution. Cet auteur a donc la volonté de soulever l'ensemble des questions qui irriguent le sujet de la responsabilité de l'arbitre. Pourtant, il ne consacre

³²² P. STOFFEL-MUNCK, « La responsabilité de l'arbitre », *Rev. arb.*, 2017, p.1119.

aucun développement à la nature de la responsabilité de l'arbitre, considérant d'emblée qu'elle est contractuelle, comme si la force de l'évidence l'imposait.

92. De la même façon, Monsieur Mekki, commentant la décision de la Cour de cassation du 15 janvier 2014³²³ dans laquelle la responsabilité d'arbitres a été recherchée pour une méconnaissance de l'autorité de la chose jugée, c'est-à-dire une violation d'une obligation se rattachant à « *l'exercice de la fonction juridictionnelle des arbitres* », passe sous silence la question de la nature de la responsabilité. Cet auteur relève pourtant que « *tel Janus, l'arbitre a deux visages : juge et contractant. Cette dualité de fonctions justifie la dualité du régime de responsabilité* »³²⁴. Toutefois, la dualité de régime n'implique pas, selon lui, une dualité de nature : c'est toujours une responsabilité contractuelle qu'engage l'arbitre, mais suivant un seuil de gravité du manquement plus ou moins élevé. Ainsi, l'auteur énonce explicitement que « *si les conditions de la responsabilité contractuelle s'appliquent à l'arbitre, c'est donc à la condition d'opérer une distinction qui s'appuie sur une gradation de la faute dépendante de la fonction concernée* »³²⁵. Or, en sanctionnant un manquement de l'arbitre à sa fonction juridictionnelle sous l'empire de la responsabilité contractuelle, cet arrêt permettait d'interroger la nature de la responsabilité, soit pour l'approuver, soit pour la contester, voire, à tout le moins, pour souligner le choix opéré par les juges, comme l'avait fait Madame Viney lorsqu'elle commentait l'arrêt de la Cour de cassation en date du 6 décembre 2005³²⁶. En ne le faisant pas, Monsieur Mekki semble considérer que cette question est frappée de l'évidence. Pour cet auteur, la double nature de l'arbitrage a une incidence, non pas sur la nature de la responsabilité de l'arbitre, qui serait indubitablement contractuelle, mais sur son régime : il rappelle la nécessité de déterminer ce qui relève de la « sphère conventionnelle » et ce qui relève de la « sphère juridictionnelle » pour identifier le manquement susceptible d'engager la responsabilité contractuelle de l'arbitre. Cet auteur s'inscrit donc parmi ceux qui considèrent que la responsabilité de l'arbitre est évidemment de nature contractuelle, sans que cela n'appelle plus ample justification.

³²³ Civ. 1^e, 15 janvier 2014, n°11-17.196, *Bull I*, n°1.

³²⁴ M. MEKKI, « Le double jeu de l'arbitre et la mise en jeu de sa responsabilité », *Gazette du palais*, 17 avril 2014, n°174, note sous Civ. 1^e, 15 janvier 2014, n°11-17.196.

³²⁵ Ibid.

³²⁶ V° *supra*, note de bas de page n°304.

93. Tel est également le cas de Monsieur Aynès qui, commentant la même décision du 15 janvier 2014, a affirmé que « *Pour la première fois aussi nettement, la Cour de cassation détermine le régime de la responsabilité civile des arbitres à raison du mal jugé : le contenu de la sentence arbitrale, c'est-à-dire la décision, produit de la fonction juridictionnelle des arbitres, ne peut engager la responsabilité de ceux-ci qu'en présence d'une "faute personnelle équipollente au dol ou constitutive d'une fraude, d'une faute lourde ou d'un déni de justice". En d'autres termes, le mal-jugé n'est pas de nature à engager la responsabilité civile de l'arbitre* »³²⁷. L'angle de l'analyse de Monsieur Aynès est clair : cet arrêt évoque uniquement la question du régime de la responsabilité et non celui de sa nature. D'ailleurs dans sa note, cet auteur ne dira rien de la question de la nature de la responsabilité, alors que l'arrêt offrait cette possibilité. On peut lire dans ce silence un choix délibéré exprimant l'idée selon laquelle la dualité de l'arbitrage n'impacte pas la nature de la responsabilité de l'arbitre, qui serait uniquement contractuelle.

D'autres auteurs ont adopté cette même position en faveur d'une nature contractuelle de la responsabilité de l'arbitre, en tâchant de la justifier par une référence à la source de la mission de l'arbitre.

3. Une affirmation fondée sur la source de la mission de l'arbitre

94. Certains auteurs estiment que la responsabilité de l'arbitre est de nature contractuelle, tout en proposant une justification pour asseoir leur position : ils s'appuient sur la source de la mission de l'arbitre. Ces auteurs se divisent en deux catégories. Une partie, majoritaire, insiste sur le caractère contractuel de la mission de l'arbitre. Une autre, minoritaire, met l'accent sur le caractère onéreux du contrat d'arbitre. Quoi qu'il en soit, les uns comme les autres ont en commun de ne pas justifier expressément en quoi la source contractuelle ou le caractère onéreux du contrat d'arbitre justifierait la nature de la responsabilité de l'arbitre.

³²⁷ L. AYNÈS, « Précisions sur la responsabilité de l'arbitre ? », *Les cahiers de l'arbitrage*, 2014, p.299, note sur Civ. 1^e, 15 janvier 2014, n°11-17.196.

95. Ainsi, plusieurs auteurs considèrent que la responsabilité de l'arbitre doit être, par principe, de nature contractuelle du fait de l'existence du contrat qui lie l'arbitre aux parties à l'arbitrage. En ce sens, on peut évoquer Monsieur Fouchard qui, dans son fameux article sur le statut de l'arbitre³²⁸, énonce « *D'abord, un doute sur le fondement de cette responsabilité: délictuelle dans la première affaire, elle est contractuelle dans la seconde* ». Poursuivant, l'auteur explique la raison pour laquelle la nature de la responsabilité de l'arbitre était différente dans l'affaire *L'oréal*³²⁹ et dans l'affaire *Raoul Duval*³³⁰. Pour Philippe Fouchard, tout tient au contrat. En effet, pour cet auteur, la nature de la responsabilité dépend de l'existence d'un contrat valable. Ainsi, si le contrat est annulé, ce qui était le cas dans l'affaire *L'oréal* dans laquelle le compromis et donc le contrat d'arbitre avaient été annulés pour dol, alors la responsabilité est délictuelle. Faute de contrat, la responsabilité ne peut être que délictuelle. Dans l'affaire *Raoul Duval*, le grief est né après l'investiture de l'arbitre, c'est-à-dire après la formation du contrat d'arbitre, sans que la validité de celui-ci ne soit remise en cause. Dès lors qu'un contrat avait été valablement formé, la responsabilité de l'arbitre ne pouvait être que contractuelle. Selon Monsieur Fouchard, le manquement d'un arbitre à l'une des obligations que fait peser sur lui un contrat valablement formé entraîne nécessairement une responsabilité de nature contractuelle.

Cette position est également celle de Monsieur Racine³³¹, pour qui la responsabilité de l'arbitre est par principe contractuelle. Elle ne sera délictuelle qu'en l'absence de contrat, soit qu'il soit annulé, soit qu'il ne soit pas encore formé. En conséquence, pour Monsieur Racine, comme pour Monsieur Fouchard, c'est l'existence d'un contrat entre les arbitres et les parties, c'est-à-dire la source de la mission de l'arbitre, qui explique la nature contractuelle de la responsabilité de l'arbitre. Cette position est également celle adoptée par Messieurs O Dalc et Van Oelen³³².

Synthétisant cette position doctrinale, Monsieur Casson, dans son commentaire d'une décision rendue par la première chambre civile de la Cour de cassation le 28 mars

³²⁸ P. FOUCHARD, « Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence », *Rev. arb.*, 1996, p.325 et s., spé. n°75, p.361.

³²⁹ TGI Paris, 9 décembre 1992, Société Annahold BV et D. Frydman c/ société L'Oréal et B, *rev. arb.*, 1996, p.483.

³³⁰ CA Paris, 12 octobre 1995, Merkorla Sucden c/ société Raoul Duval, *Rev. arb.*, 1999, p.324.

³³¹ J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, PUF, coll. Thémis droit, 2016, spé. n°548, p.368.

³³² R.-O. DALCQ, A. VAN OEVELEN, « La responsabilité de l'arbitre, De Aansprakelijkheid van de arbiter », in *L'arbitre : pouvoirs et statut, Macht en onmacht van de arbiter, Actes du colloque du CEPANI du 28 avril 2003*, Bruylant, 2003, p. 189 et s., spé. p.189 et s.

2018, considère que la responsabilité de l'arbitre est nécessairement contractuelle du fait du contrat qui lie l'arbitre aux parties³³³. Toutefois, il ajoute qu'elle peut être délictuelle dans deux cas : soit lorsque les manquements sont en dehors du champ du contrat, soit lorsque l'arbitre n'est pas lié par contrat, c'est-à-dire lorsque la responsabilité de l'arbitre n'est pas recherchée par une partie à l'arbitrage ou encore lorsqu'il viole une obligation précontractuelle.

Ainsi, si ces auteurs acceptent que, dans certains cas, la responsabilité de l'arbitre soit délictuelle, c'est soit lorsque le dommage subi ne se rattache nullement à la fonction arbitrale de l'arbitre, soit dans des situations où celui qu'ils appellent arbitre n'est pas arbitre. En effet, pour être arbitre, il faut être nommé par les parties ; si la nomination n'a pas lieu ou si elle est nulle et donc réputée n'avoir jamais existé, la responsabilité qui est recherchée n'est pas celle d'un arbitre puisque personne n'est arbitre sans contrat valablement formé. C'est d'ailleurs ce que Monsieur Casson note dans son commentaire de la décision du 28 mars 2018 qu'il intitule « *La responsabilité civile délictuelle de l'arbitre qui ne l'était pas* »³³⁴. En somme, si ces auteurs relèvent des situations dans lesquelles l'arbitre pourrait engager sa responsabilité délictuelle, c'est par le truchement d'un « abus de langage » car à chaque fois qu'ils prévoient l'hypothèse d'une responsabilité délictuelle, l'arbitre ne peut pas, en réalité, être qualifié d'arbitre. C'est uniquement lorsqu'il n'est pas arbitre qu'il pourrait engager une responsabilité de nature délictuelle. En revanche, lorsqu'il statue en qualité d'arbitre, il ne fait aucun doute, pour ces auteurs, qu'il engage toujours une responsabilité de nature contractuelle, du fait de l'existence d'un contrat le liant aux parties.

96. Un autre courant doctrinal se prononce également en faveur d'une responsabilité contractuelle de l'arbitre en mettant l'accent sur le caractère onéreux de la relation entre l'arbitre et les parties. En ce sens, Monsieur Billemont³³⁵ considère que « *parties et arbitres peuvent librement convenir d'ériger les arbitres en créanciers d'honoraires* ». S'interrogeant alors sur ce dont les arbitres sont débiteurs, il considère que la contrepartie à la stipulation d'honoraires se situe dans une « *une obligation de diligence renforcée* » qui induit par exemple que l'arbitre respecte le principe de la

³³³ P. CASSON, « La responsabilité civile délictuelle de l'arbitre qui ne l'était pas », *JCP G*, 2018, p.1251, note sur Civ. 1^e, 28 mars 2018, n°15-16.909.

³³⁴ *Ibid.*

³³⁵ J. BILLEMONT, *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 549, 2013, spé. n°577-579, p.403-406.

contradiction et engage, en cas de manquement, une responsabilité contractuelle. Autrement dit, pour Monsieur Billemont, la responsabilité de l'arbitre est de nature contractuelle car il est rémunéré.

Dans le même sens, Madame Bernheim-Van de Castele souligne que la difficulté en matière de responsabilité tient à une question de mise en œuvre car « *le principe même de la responsabilité de l'arbitre, apprécié dans les mêmes conditions que le droit commun de la responsabilité contractuelle, ne prête guère à discussion, dès lors que l'arbitre est rémunéré par les parties* »³³⁶. Autrement dit, pour Madame Bernheim Van de Castele, la nature contractuelle de la responsabilité de l'arbitre ne fait aucun doute parce que ce dernier est rémunéré par les parties.

Se rapprochant également de cette logique, Monsieur Clay a pu énoncer que « *comme tout contractant, l'arbitre doit exécuter les obligations qu'il a souscrites. En outre, son activité étant souvent rémunérée, et parfois bien rémunérée, on éprouverait quelque difficulté à comprendre qu'il n'engage pas sa responsabilité quand il n'exécute pas ce pour quoi il est investi. Le principe de sa responsabilité contractuelle est d'ailleurs admis par de nombreux auteurs qui considèrent qu'elle s'engage dans les conditions de l'article 1142 du Code civil* »³³⁷. Ce faisant, l'auteur se rattache à ceux qui considèrent que l'existence d'un contrat valablement formé³³⁸ justifie que la responsabilité de l'arbitre soit uniquement contractuelle, tout se référant au critère du caractère onéreux de la relation entre l'arbitre et les parties.

97. On le voit, pour une doctrine très majoritaire, la responsabilité de l'arbitre est nécessairement de nature contractuelle³³⁹. Pour certains, cette nature s'impose d'elle-même, par la force de l'évidence ; pour d'autres, elle se justifie par l'existence d'un contrat onéreux. Cette doctrine fait écho aux décisions prétoriennes qui engagent la responsabilité contractuelle de l'arbitre dans ses rapports avec les parties à l'arbitrage.

Pour autant, ni la doctrine mentionnée, ni la jurisprudence, ne justifient réellement leur position. La doctrine qui propose une justification rattache la nature

³³⁶ L. BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, Bruylant, 2012, spé. n°519, p.428.

³³⁷ T. CLAY, *L'arbitre*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001, spé. n°928, p.704-705.

³³⁸ En ce sens, Monsieur Clay considère, comme Messieurs Fouchard et Racine, que si le contrat n'est pas encore formé, ou pas valablement formé, la responsabilité de l'arbitre sera délictuelle : T. CLAY, *L'arbitre*, *op. cit.*, n°940, p.710.

³³⁹ Une partie des auteurs ne partage pas ce point de vue car ils contestent l'existence même du contrat d'arbitre (pour ce débat, v° *supra* note de bas de page n°49).

contractuelle de la responsabilité à l'existence d'un contrat onéreux, sans exposer précisément en quoi l'existence d'un contrat d'arbitre justifie une telle nature de responsabilité. Or, le fondement réel de cette position nous semble résider dans le principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle, dont il n'est somme toute qu'une application.

§2) La justification de la nature contractuelle de la responsabilité de l'arbitre

Un rappel du contenu du principe du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle s'impose en premier lieu (A), pour que son application à la matière arbitrale puisse être mise en lumière en second lieu (B).

A) La présentation du principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle

98. La responsabilité civile de droit commun est construite, d'après une doctrine classique³⁴⁰, sur le fondement d'une *summa divisio*³⁴¹ suivant laquelle la responsabilité de l'auteur d'un dommage est soit contractuelle, soit extracontractuelle (aussi dite délictuelle). La nature de la responsabilité qui sera mise en œuvre pour indemniser le dommage n'est pas sans incidence sur les règles applicables, dès lors qu'il existe entre les régimes de responsabilité des différences³⁴² tenant notamment aux dommages indemnisés, à l'application de clause exclusive ou limitative de responsabilité, aux juges compétents ou encore aux critères pour déterminer la loi applicable, dans les hypothèses internationales.

³⁴⁰ En ce sens, v° M. ESPAGNON, *Encyclopédie JurisClasseur Civil Code*, v° Article 1240 à 1245-17. Fasc. 176-10 Droit à réparation – Rapports entre responsabilités délictuelle et contractuelle – Généralités – Domaine des responsabilités délictuelle et contractuelle entre contractants, 2019, spé. n°7. Pour une critique de cette *summa divisio*, v° notam. F. CHENEDE, « Responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle : une *summa divisio* ? », in *Vers une réforme de la responsabilité civile française, Regards croisés Franco-Québécois* (dir. B. MALLET-BRICOUT), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2018, p.31 et s.

³⁴¹ Un auteur a pu s'interroger sur l'existence d'une *divisio*, considérant que la responsabilité contractuelle ne devrait pas être présentée comme une responsabilité mais plutôt être appréhendée comme une sanction du contrat, v° P. REMY, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *RTD Civ.*, 1997, p. 323 et s. ; F. CHÉNEDÉ, « Responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle : une *summa divisio* ? », *op. cit.*, p.36-37.

³⁴² En ce sens, v° M. ESPAGNON, *op. cit.*, spé. n°1.

99. Pour la doctrine française, comme le rappelle Madame Viney, les responsabilités contractuelle et délictuelle « *sont des institutions distinctes quoique complémentaires qui ne sont pas directement en concurrence car elles s'appliquent à des objets différents : l'une sanctionne en effet l'inexécution des obligations contractuelles et l'autre celle des règles de conduite d'origine légale, réglementaire et jurisprudentielle. Le problème ne saurait donc se résoudre par l'affirmation de la supériorité de l'un des deux systèmes sur l'autre, mais par la détermination de leurs domaines d'application respectifs* »³⁴³. Il est donc nécessaire de délimiter les champs d'application respectifs de ces responsabilités. Tel est l'objet du principe de « non-cumul » des responsabilités contractuelle et délictuelle³⁴⁴, que certains préfèrent nommer le principe de « non-option »³⁴⁵ tandis que d'autres aimeraient qu'il soit renommé principe « de la primauté de la responsabilité contractuelle »³⁴⁶.

100. Ce principe, présenté comme consubstantiel à la distinction entre les deux ordres de responsabilité³⁴⁷, ne se fonde sur aucun texte³⁴⁸. Il a été dégagé par la

³⁴³ G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, Coll. Traité de droit civil (dir. J. GHESTIN), 4e édition, 2019, spé. n°360, p. 589.

³⁴⁴ En ce sens, v° G. VINEY, « Pour une interprétation modérée et raisonnée du refus d'option entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle (article 1458, deuxième alinéa du Code civil du Québec) », *MacGill law Journal*, vol. 39, 1994, p.814 ; P. ANCEL, « Le concours de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle », *Responsabilité civile et assurance*, 2012, dossier 8.

³⁴⁵ En ce sens, v° par exemple F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., spé. n°897, p.973 ; A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, op. cit., spé. n°507, p.389, considérant que « *L'expression [non-cumul] est quelque peu trompeuse car elle pourrait laisser croire que, si l'on ne peut pas cumuler les deux régimes de responsabilité, on pourrait du moins choisir celui que l'on entend invoquer. Or, il n'en est rien ; la règle dite du non-cumul est en réalité un principe de non-option* » ; P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, op. cit., spé. n°642 et s., p. 587 et s. , évoquant quant à eux un principe qui régit « *les combinaisons entre les responsabilités contractuelle et délictuelle* » sous le double angle d'une absence d'option et d'une absence de cumul ; H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Tome 2 : Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, Dalloz, coll. Grands arrêts, 13e édition, 2015, spé. n°182.2, p. 262, estimant que « *plutôt que de cumul, il serait plus exact de parler d'option* ». Adde M. LATINA, « Le principe du non-cumul des responsabilités est bien vivant », *L'essentiel droit des contrats*, septembre 2012, p.5, note sur Civ. 1^e, 28 juin 2012, n°10-28.492 ; J.-S. BORGHETTI, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *RTD Civ.*, 2010, p.1 et s., spé. n°27 ; E. JUEN, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 568, 2016, spé. n°22, p. 26-27.

³⁴⁶ En ce sens, v° P. ANCEL, « Le concours de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle », *Responsabilité civile et assurances*, 2012, n°2, dossier 8, spé. n°9.

³⁴⁷ P. BRUN, « De l'intemporalité du principe de responsabilité du fait des choses », *RTD Civ.*, 2010, p.487 et s., spé. n°15 ; E. JUEN, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, op. cit., n°22, p. 26, considérant que « *reconnaître l'existence d'une dualité de régimes impose de régler les rapports entre le contractuel et le délictuel et [que] cela est un redoutable problème. Il a été autrefois résolu, non sans difficulté, en faveur d'un principe nommé du non-cumul* ».

³⁴⁸ En ce sens, v° J.-S. BORGHETTI, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », op. cit., n°29 ; E. JUEN, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, op. cit., n°24, p.29. Il faut préciser que dans le projet de réforme de la

jurisprudence³⁴⁹. Si sa consécration a pu donner lieu à un débat afin de déterminer quel était l'arrêt fondateur de ce principe, il est incontestable que la Cour de cassation en a fait l'application, sous des formulations différentes, mais tout aussi explicites³⁵⁰, en considérant par exemple que « *le créancier d'une obligation contractuelle ne peut se*

responsabilité présenté le 13 mars 2017, un article serait dédié au principe de non-cumul. En effet, l'article 1233 du projet énonce « *en cas d'inexécution contractuelle, ni le débiteur ni le créancier ne peuvent se soustraire à l'application des dispositions propres à la responsabilité contractuelle pour opter en faveur des règles spécifiques à la responsabilité extracontractuelle* ». Ce faisant, ce principe aurait une assise législative et il deviendrait le principe de non-option, le texte se référant au verbe opter et non au verbe cumuler (en ce sens, v° F. CHENEDE, « Responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle : une *summa divisio* ? », *op. cit.*, p.33).

³⁴⁹ Sa consécration prétorienne a d'ailleurs donné lieu à un débat doctrinal afin de déterminer quel était l'arrêt fondateur de ce principe. Pour une partie de la doctrine (En ce sens, v° H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *op. cit.*, p.263-264 ; G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, spé. n°362 et s., p. 591 et s. ; M. ESPAGNON, *op. cit.*, n°72. V° toutefois M. POUMARÈDE, *Droit de la responsabilité et des contrats 2018/2019*, (dir. P. LE TOURNEAU), *op. cit.*, n°3213.313, estimant que la Cour de cassation avait pris parti dans le sens du principe de non-cumul dès 1890 (Civ., 21 juillet 1890, DP 1891, 1, 380), la consécration de ce principe est à attribuer à une décision Pelletier contre Doderet du 11 janvier 1922 (Civ., 11 janvier 1922, Pelletier c. Doderet, S. 1924, 1, 105, note R. DEMOGUE). Pour une autre partie de la doctrine, représentée en particulier par Monsieur Borghetti, cet arrêt ne marque pas la consécration du principe du non-cumul. D'après cet auteur, la jurisprudence, par cet attendu, tendait simplement à distinguer les fautes délictuelles des fautes contractuelles (en ce sens, v° J.-S. BORGHETTI, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *op. cit.*, n°32). Il soutient que la consécration du principe prétorien du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle date d'après la seconde guerre mondiale. En ce sens, il mentionne un arrêt du 6 mars 1945 dans lequel la Cour de cassation a énoncé : « *la victime d'un dommage [provenant de l'inexécution d'un contrat ou de sa mauvaise exécution], qui peut exercer l'action contractuelle, ne saurait préférer l'exercice de l'action délictuelle* » (Civ., 6 mars 1945, D., 1945, 1, 217). Nous concernant, nous considérons que la motivation de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 11 janvier 1922 semble pouvoir être interprétée de deux façons. Il pourrait d'abord être considéré qu'en rejetant l'application des articles 1382 et s. du Code civil en présence d'une relation contractuelle, la Cour de cassation a estimé que le cadre contractuel excluait l'application d'une responsabilité délictuelle. Il s'agirait alors effectivement d'une manifestation du principe de non-cumul des responsabilités. Toutefois, l'arrêt pourrait également être compris comme rejetant les conditions d'application de la responsabilité délictuelle en matière de responsabilité contractuelle. Dans cette lecture, il ne serait alors plus question du principe du non-cumul, mais d'un débat tenant aux conditions d'application de la responsabilité contractuelle. Plus précisément, on pourrait considérer que le débat était celui de savoir quelle acception de la notion de faute doit être retenue lorsqu'il s'agit d'engager la responsabilité contractuelle de l'auteur d'un dommage. Cette question pourrait, du reste, être considérée comme étant une des conséquences du principe de non-cumul. Quoi qu'il en soit, cette incertitude justifie, selon nous, que l'arrêt Pelletier contre Doderet ne soit pas considéré comme ayant consacré le principe du non-cumul, même s'il n'est pas dénué de tout lien avec ce principe (Sur cette controverse, v° notam. J.-S. BORGHETTI, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *op. cit.*, n°34-35, déniait tout lien entre l'arrêt du 11 janvier 1922 et le principe du non-cumul ; contra, v° P. BRUN, « De l'intemporalité du principe de responsabilité du fait des choses », *op. cit.*, n°7).

³⁵⁰ Il faut aussi souligner que la Cour de cassation adopte parfois des formulations qui sont davantage ressemblantes à celle de l'arrêt de 1922. En ce sens, par exemple, dans une décision de 1993, elle a énoncé : « *l'article 1382 [devenu 1240 du Code civil] est inapplicable à la réparation d'un dommage se rattachant à l'exécution d'un engagement contractuel* » (Civ. 2^e, 9 juin 1993, n°91-21.650, *Bull II*, n°204). On pourrait donc là encore considérer que cet arrêt s'intéresse davantage aux conditions d'application de la responsabilité qu'à la question du non-cumul. Ce n'est pas l'interprétation qui en est retenue par Monsieur Bénabent, qui considère que cet arrêt est une illustration « sobre » du principe de non-cumul (A. BENABENT, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n°507, p.389).

*prévaloir contre le débiteur de cette obligation, quand bien même il y aurait intérêt, des règles de la responsabilité délictuelle »*³⁵¹.

101. Consacré par la jurisprudence, ce principe a été défini par la doctrine qui a délimité son champ d'application et identifié ses effets. Pour synthétiser les auteurs³⁵², on peut retenir que ce principe, qui a vocation à s'appliquer exclusivement entre les parties à un contrat³⁵³, veut donc qu'un cocontractant victime d'un préjudice résultant d'une inexécution contractuelle soit obligé d'invoquer une responsabilité de nature contractuelle et de démontrer, au soutien de sa demande en réparation, la réunion des conditions de mise en œuvre prévues par ce régime de responsabilité. Ce principe a une double fonction. D'abord, il tend à assurer le respect des prévisions contractuelles des parties³⁵⁴. En effet, en imposant l'application des règles de la responsabilité contractuelle lorsque la victime est le cocontractant de l'auteur du dommage³⁵⁵, il empêche la victime de se placer sur le terrain de la responsabilité délictuelle pour s'affranchir des prévisions contractuelles, telles que l'existence d'une clause limitative de responsabilité³⁵⁶, ou d'une clause de non-concurrence³⁵⁷. Ce faisant, le principe de non-cumul a pour fonction de protéger le contenu obligationnel du contrat³⁵⁸.

³⁵¹ Civ. 1^e, 11 janvier 1989, n°86-17.323, *Bull I*, n°3 ; *adde* Com., 13 juillet 2010, n°09-14.985 ; Com., 14 février 2012, n°11-10.346.

³⁵² En ce sens, pour Monsieur Jourdain, le principe de « non-cumul des responsabilités s'oppose seulement d'une part à l'invocation contre un cocontractant à la fois des règles contractuelles et des règles délictuelles (non-cumul stricto sensu) - sauf d'ailleurs si les secondes sont invoquées à titre subsidiaire -, d'autre part au choix des règles délictuelles alors que celles de la responsabilité contractuelle sont seules applicables (non-option) » (P. JOURDAIN, « Non-cumul des responsabilités et opposabilité du contrat aux tiers », *RTD Civ.*, 2019, p.338). Monsieur Leveneur formule la même idée en des termes différents, en énonçant que le principe « dit du "non-cumul" des deux responsabilités, (...) veut que la victime d'un dommage se rattachant à l'exécution des obligations prises par son cocontractant à son égard ne peut en demander réparation que sur le fondement contractuel, et n'a pas d'option avec les règles de la responsabilité extracontractuelle, quand bien même celles-ci lui seraient plus favorables (spécialement pour éviter éventuellement l'application d'une clause limitative de responsabilité) » (L. LEVENEUR, « Rappel de la règle du non-cumul entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle », *Contrats, concurrence et consommation*, 2002, n°7, comm. 106, obs. sous Civ. 1^e, 19 mars 2002, n°00-13.971).

³⁵³ En ce sens, v° Com., 9 juillet 2002, n°99-19.156, *Bull IV*, n°122 ; Com., 12 juillet 2004, n°02-16.034.

³⁵⁴ En ce sens, v° notamment M. POUMARÈDE, *Droit de la responsabilité et des contrats 2018/2019*, (dir. P. LE TOURNEAU), *op. cit.*, n°3213.322 ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, coll. Thémis Droit, 2013, spé. n°7.30, p.445.

³⁵⁵ En ce sens, v° notam. Civ. 2^e, 12 mai 2005, n°03-17.994, *Bull II*, n°121 ; Civ. 1^e, 19 mars 2002, n°00-13.971, *Contrats, concurrence et consommation*, 2002, n°7, comm. 106, obs. L. LEVENEUR.

³⁵⁶ En ce sens, v° notam. *ibid.*

³⁵⁷ Com., 10 mars 2015, n°13-10.003.

³⁵⁸ En ce sens, v° G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, spé. n°364 et s., p. 592 et s ; L. LEVENEUR, obs. préc. ; F. CHABAS, *Obligations : théorie générale*, tome 2, volume 1, Montchrestien, coll. Leçons de droit civil Henri, Jean et Léon Mazeaud, 9^e édition, 1998, spé. n°404.

Ensuite, il permet d'assurer l'autonomie du régime de la responsabilité contractuelle en interdisant l'invocation de règles tirées de la responsabilité délictuelle, notamment en termes de délai de prescription ou de forclusion.

102. Ce principe, s'il est vrai qu'il voit son champ d'application réduire du fait de l'évolution du droit de la responsabilité qui voit émerger de plus en plus d'hypothèses³⁵⁹ dans lesquelles la détermination de la nature de la responsabilité et, partant, du régime applicable, se fait sans le truchement du principe de non cumul, reste « *bien vivant* »³⁶⁰ en droit positif. Lorsqu'il trouve à s'appliquer, il a pour effet de limiter le domaine de la responsabilité délictuelle en la rejetant du domaine contractuel³⁶¹ pour en faire une responsabilité subsidiaire³⁶² par rapport à la responsabilité contractuelle. Ainsi, en présence d'un contrat, tous les préjudices que subirait un contractant du fait d'une mauvaise exécution ou d'une inexécution du contrat ne peuvent donner lieu qu'à une action en responsabilité contractuelle, si les dommages subis ne relèvent pas d'un régime impératif de responsabilité. L'existence d'un contrat exclut alors la possibilité,

³⁵⁹ On pense ici à tous les dommages dont l'indemnisation est soumise à des textes impératifs qui ne relèvent pas du droit commun (G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, spé. n°372, p.602-603). A ce titre, on peut citer les règles régissant l'indemnisation des accidents de la circulation (L'indemnisation des accidents de la circulation est régie par les dispositions de la loi n°85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisations. En son article 1^{er}, cette loi prévoit son caractère impératif en énonçant : « *Les dispositions du présent chapitre s'appliquent, même lorsqu'elles sont transportées en vertu d'un contrat, aux victimes d'un accident de la circulation dans lequel est impliqué un véhicule terrestre à moteur ainsi que ses remorques ou semi-remorques, à l'exception des chemins de fer et des tramways circulant sur des voies qui leur sont propres* »), des accidents du travail et des maladies professionnelles (En ce sens, v° article L. 1226-1 du Code du travail) ou encore des dommages liés à un acte médical (L'indemnisation des actes médicaux est prévue par les dispositions de la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Pour une présentation de ces dispositions comme créant un régime impératif, v° notam. G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, n°216, p.613 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *op. cit.*, n°1136 à 1260, p.1211 à 1328). On peut également penser aux dispositions relatives à la responsabilité du fait des produits défectueux (article 1245-1 à -17 du Code civil issu de la loi n°98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux). Toutefois, si ces textes constituent un régime spécial, en ce qu'ils dépassent la *suma divisio* entre responsabilité contractuelle et délictuelle, il n'est pas pour autant d'application impérative, à la différence des autres régimes mentionnés. En effet, l'article 1245-17 du Code civil laisse à la victime la possibilité d'agir en responsabilité contractuelle ou délictuelle, suivant sa situation, pour se faire indemniser.

³⁶⁰ La formule est de Monsieur Mathias Latina qui intitule l'un de ses commentaires de jurisprudence, dans lequel il s'agissait de déterminer la nature de la responsabilité à retenir contre un restaurateur des suites des blessures d'un jeune enfant qui jouait sur une aire de jeux réservée aux clients du restaurant, « *Le principe du non-cumul des responsabilités est bien vivant* » (M. LATINA, *L'essentiel droit des contrats*, septembre 2012, p.5, note sur Civ. 1^e, 28 juin 2012, n°10-28.492).

³⁶¹ A. BENABENT, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n°507, p. 389.

³⁶² En ce sens, v° E. JUEN, La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, *op. cit.*, n°363, p.276.

pour le contractant victime d'une inexécution contractuelle, d'engager la responsabilité délictuelle de son débiteur³⁶³.

Ce principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle, encore vivace, semble être la justification qui sous-tend, en matière d'arbitrage, la nature contractuelle de la responsabilité de l'arbitre.

B) L'application du principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle en matière d'arbitrage

103. Le principe de non-cumul des responsabilités, on vient de le voir, permet de déterminer la nature de la responsabilité que doit engager la victime d'un dommage échappant à un régime impératif. L'application de ce principe à l'arbitrage est tout à fait possible dès lors qu'il n'existe pour l'arbitrage aucun régime spécifique ni, *a fortiori*, impératif, de responsabilité. Ainsi, pour déterminer la nature de la responsabilité de l'arbitre à l'égard des parties à l'arbitrage, il suffit d'identifier la nature de leurs relations.

104. Sur ce point, si certains auteurs ont pu contester la nature contractuelle qui unit les arbitres aux litigants³⁶⁴, il est aujourd'hui admis par une doctrine majoritaire, ainsi que par la Cour de cassation et mêmes certaines juridictions étrangères³⁶⁵, que cette relation se noue autour d'un contrat. C'est d'ailleurs sur ce contrat, consubstantiel à la tenue d'un arbitrage, que se fondent les auteurs qui justifient la nature contractuelle de la responsabilité de l'arbitre par la source de sa mission³⁶⁶. Si la question du statut de l'arbitre et donc de la nature de sa relation avec les parties est relativement récente³⁶⁷, elle a rapidement fait l'objet d'un consensus doctrinal³⁶⁸ qui a notamment été mis en lumière par Monsieur Clay dans sa thèse consacrée à « *L'arbitre* ». Ainsi, lorsque cet

³⁶³ En ce sens, v° M. ESPAGNON, *op. cit.*, n°77 et s.

³⁶⁴ Sur ce débat, v° *supra* note de bas de page n°49.

³⁶⁵ Trib. Féd., 28 janvier 2014, n°4A 490/2013.

³⁶⁶ V° *supra*, n°51 et s.

³⁶⁷ Madame Jandard, dans sa thèse intitulée « *La relation entre l'arbitre et les parties : Critique du contrat d'arbitre* », rappelle que la détermination de la nature des relations entretenues entre les arbitres et les parties est devenue une nécessité avec l'augmentation des actions en responsabilité intentées par les parties à l'encontre des arbitres (L. JANDARD, *op. cit.*, n°1, p.1).

³⁶⁸ Madame Jandard critique néanmoins cette approche de la relation arbitres-parties. Elle considère que si, à une époque, la caractérisation du contrat d'arbitre a permis de dépasser les difficultés rencontrées par l'institution arbitrale, tel n'est plus le cas. D'après cet auteur, il faudrait repenser la nature des relations arbitres-parties au regard du droit moderne de l'arbitrage (L. JANDARD, *op. cit.*, n°2, p. 3-4).

auteur a réalisé ses travaux déterminants sur la question du statut de l'arbitre, l'existence même d'un contrat entre l'arbitre et les parties était déjà ancrée³⁶⁹, dans la jurisprudence³⁷⁰ comme dans la doctrine³⁷¹.

La qualification de ce contrat, quant à elle, était plus délicate à identifier que son existence³⁷². Aujourd'hui communément³⁷³ qualifié de contrat d'arbitre, il se noue entre l'arbitre et les parties. Il ne doit pas être confondu avec la convention d'arbitrage, qui ne lie que les parties entre elles, et qui est l'acte par lequel elles décident de soumettre leur contentieux à la justice arbitrale en lieu et place de la justice étatique. En effet, la convention d'arbitrage, qui est déterminante de la compétence du tribunal arbitral, se distingue du contrat par lequel les parties se lient aux arbitres qui auront pour mission d'incarner cette justice arbitrale³⁷⁴.

Il est vrai que, si ce contrat lie les arbitres aux litigants, on aurait pu considérer qu'il faut, pour qu'il soit formé, que les arbitres soient nommés par les parties. Une telle position conduirait alors à considérer que toutes les fois où les arbitres sont nommés par l'institution arbitrale ou par le juge d'appui, il n'y aurait pas de contrat unissant les

³⁶⁹ Pour le débat relatif à la contestation d'un contrat d'arbitre, v° *supra* note de bas de page n°49.

³⁷⁰ En ce sens, Monsieur Clay énonce : « Consacré en jurisprudence par la Cour de cassation en 2010, et par le nouveau décret sur le droit de l'arbitrage de 2011, le contrat d'arbitre existe en réalité depuis toujours (par exemple sous le nom de *receptum arbitrii* en droit romain) car il est inévitablement conclu dans tout arbitrage, même s'il fait rarement l'objet d'un *instrumentum ad hoc* » (T. CLAY, « Le contrat d'arbitre », *Procédures*, 2012, Formules n°7). V° Civ. 1^e, 17 novembre 2010, n°09-12.352, Bull I, n°233 ; Paris, 12 octobre 1995, *Merkoria Sucden c/ société Raoul Duval*, *Rev. arb.*, 1999, p.324.

³⁷¹ V° notam. C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, coll. Domat Droit privé, 2^e édition, 2019, spé. n°286 p.311 ; E. JUEN, « Nouveau regard sur la dualité du régime de la responsabilité de l'arbitre », in *Droit sans frontières, Mélanges en l'honneur d'Eric Loquin*, LexisNexis, 2019, p.653 et s., spé. p.656 ; J. A. ROGRON, *Code de procédure civile expliqué par ses motifs, par des exemples et par la jurisprudence*, Videcoq, Alex-Gobelet, 6^e édition, 1837, commentaire sous article 1014 ; R. DAVID, Institut international de Rome pour l'unification du droit privé, *Rapport sur l'arbitrage conventionnel en droit privé. Étude de droit comparé*, Rome, L'universale, coll. Société des Nations, 1932, spé. p. 50-51 ; R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, *Économica*, 1982, spé. n°292 ; M. DE BOISSESON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, GLN Joly édition, 1990, spé. n°211, n°650 et n°722 ; Y. MULLER, *Le contrat judiciaire en droit privé*, Thèse dactylographiée, Paris I, 1995, spé. n°226-228 ; P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, spé. n°1103-1112 ; P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », in *Recueil cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, vol. 217, p.319 et s., spé. n°36 ; B. OPPETIT, « Justice étatique et justice arbitrale », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p.415 et s.

³⁷² En ce sens, v° L. JANDARD, *op. cit.*, n°7, p.9.

³⁷³ Certains auteurs ont pu le qualifier autrement. Ainsi, Monsieur de Boissésou le nomme « *contrat d'investiture* », M. DE BOISSÉSON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, *op. cit.*, p.174.

³⁷⁴ Soulignant cette distinction, Monsieur Clay définit le contrat d'arbitre comme « celui par lequel les litigants investissent l'arbitre de sa mission juridictionnelle au terme de laquelle il devra rendre une sentence arbitrale » et expose qu'il « se distingue de la convention d'arbitrage qui ne lie que les litigants entre eux en ce qu'il est un contrat dérivé et postérieur qui unit d'un côté les litigants et de l'autre l'arbitre » (T. CLAY, *Le contrat d'arbitre*, *op. cit.*).

arbitres ainsi nommés aux parties à l'arbitrage. Une telle vision serait toutefois erronée car il se forge systématiquement un contrat entre les parties et les arbitres, peu important le mode de nomination des arbitres : par les parties directement, ou par l'institution ou le juge d'appui en cas de difficultés³⁷⁵. En effet, comme le souligne Monsieur Loquin³⁷⁶, lorsque l'arbitre est nommé par le juge d'appui ou par le centre d'arbitrage ou même par les deux autres arbitres, ceux qui participent à la nomination de l'arbitre agissent en qualité de mandataires des parties, c'est-à-dire qu'ils agissent pour le compte et au nom des parties, lesquelles seront alors les seules à être liées aux arbitres par un contrat. En conséquence, les parties et l'arbitre sont toujours unis par un lien contractuel.

105. L'existence de ce contrat d'arbitre souscrit entre les parties et l'arbitre conduit, en application du principe du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle, à considérer que la question de la nature de la responsabilité de l'arbitre appelle une réponse évidente : la responsabilité de l'arbitre pour les dommages causés aux parties dans le cadre de l'exécution de ce contrat est de nature contractuelle³⁷⁷, dès lors qu'aucun régime impératif ne trouve à s'appliquer. L'application du principe de non-cumul devrait donc entraîner deux conséquences : d'une part, elle devrait obliger les parties qui subissent un dommage résultant de l'exécution du contrat d'arbitre à agir contre l'arbitre sur le fondement d'une responsabilité de nature contractuelle, ce qui exclut alors toute action en responsabilité délictuelle ; d'autre part, et conséquemment, elle devrait contraindre les parties à invoquer les éléments de régime de la responsabilité contractuelle, à l'exclusion des règles relevant de la responsabilité délictuelle.

Or, si ce choix mécanique de la responsabilité contractuelle paraît justifié par le principe du non-cumul des responsabilités dans un certain nombre de cas, il peut être remis en question dans certaines hypothèses de responsabilité arbitrale. En effet, le seul

³⁷⁵ En ce sens, v° C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°786 p. 714 ; E. JUEN, « Nouveau regard sur la dualité du régime de la responsabilité de l'arbitre », *op. cit.*, p.656.

³⁷⁶ E. LOQUIN, « La dualité du régime de la responsabilité de l'arbitre », *op. cit.*, n°13, p.395.

³⁷⁷ Ceci est tellement évident que Madame Juen, dans son article dédié à la question de la nature de la responsabilité civile de l'arbitre, énonce que les parties au litige « n'auraient d'autre choix que d'agir sur le fondement des articles 1231 à 1231-7 du Code civil, selon une simple et banale application du principe de non-option » (E. JUEN, « Nouveau regard sur la dualité du régime de la responsabilité de l'arbitre », *op. cit.*, p.656).

principe du non-cumul des responsabilités ne suffit pas à couvrir l'ensemble des hypothèses dans lesquelles la responsabilité de l'arbitre est susceptible d'être engagée à l'égard des parties. Il présente un certain nombre d'insuffisances qui mettront en lumière la nécessité de reconnaître, aux côtés d'une responsabilité contractuelle, une responsabilité délictuelle de l'arbitre envers les parties.

Section 2 : Une responsabilité de nature délictuelle

Si la responsabilité de l'arbitre doit dans certains cas être de nature contractuelle, elle ne peut pas toujours être de cette nature. En effet, l'approche exclusivement contractuelle de la responsabilité de l'arbitre présente des insuffisances (§1) qui invitent à retenir une autre approche. Parmi les différentes possibilités, le choix d'une responsabilité délictuelle venant compléter la responsabilité contractuelle de l'arbitre est celui qui s'impose (§2).

§1) Les insuffisances de l'approche exclusivement contractuelle de la responsabilité de l'arbitre

106. On l'a montré, la responsabilité de l'arbitre est de nature contractuelle parce que ce dernier est un contractant³⁷⁸. Plus encore, pour la jurisprudence et une partie majoritaire de la doctrine, la responsabilité de l'arbitre ne saurait être d'une nature autre que contractuelle. Cette position repose implicitement sur une conception du principe de non-cumul suivant laquelle un cocontractant défaillant ne pourrait engager qu'une responsabilité de nature contractuelle à l'endroit de son cocontractant, dès lors qu'aucun régime impératif ne trouve à s'appliquer³⁷⁹. Cette solution s'appliquerait dès lors que le contrat d'arbitre a été valablement formé³⁸⁰.

Cette approche est en partie erronée, faute de tenir compte des nuances qu'impose l'application du principe du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle. En effet, ce principe n'impose pas systématiquement qu'un contractant victime d'un dommage engage la responsabilité contractuelle de son cocontractant. Pour

³⁷⁸ V° *supra*, n°94 et s.

³⁷⁹ V° *supra*, n°105.

³⁸⁰ Sur ce point, on a vu qu'une partie de la doctrine estime que l'arbitre peut engager sa responsabilité délictuelle dans lesquelles il n'est pas arbitre, soit que le contrat d'arbitre ne soit pas encore formé soit qu'il soit annulé (v° *supra*, n°95).

cela, encore faut-il que le manquement source du dommage résulte d'une inexécution d'une obligation qui prenne sa source dans le contrat. Or, il est des hypothèses dans lesquelles le rattachement du manquement au contrat pose des difficultés de nature à faire obstacle à l'application de la responsabilité contractuelle. Ces difficultés peuvent notamment³⁸¹ apparaître lorsqu'il s'agit d'identifier l'obligation violée (A) et lorsqu'il s'agit de qualifier la nature de l'obligation violée (B).

A) Les insuffisances tenant aux difficultés d'identification de l'obligation violée

107. Pour que le principe de non-cumul trouve à s'appliquer, l'existence d'une situation contractuelle liant la victime du dommage à l'auteur du manquement ne suffit pas. Il convient, en outre, de s'assurer que le dommage résulte de l'inexécution d'une obligation contractuelle. Or, l'identification de l'obligation méconnue n'est pas toujours aisée. En effet, il est des situations dans lesquelles il n'est pas évident de déterminer quelle est l'obligation dont l'inexécution a causé un dommage. C'est alors bien l'identification de l'obligation qui pose difficulté. On verra que ces difficultés, qui existent de façon générale pour l'application du principe du non-cumul, se retrouvent à l'identique en matière de responsabilité arbitrale.

108. Ainsi, en premier lieu, pour réparer certains dommages, les juges ont été amenés à « découvrir » dans le contrat une obligation implicite qui aurait été méconnue et justifierait l'engagement de la responsabilité contractuelle des parties. C'est ce que la doctrine a appelé le « *forçage du contrat* »³⁸², ou encore l'« *interprétation créatrice* »³⁸³,

³⁸¹ L'application du principe du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle est rendue difficile dans d'autres situations que celle tenant à l'identification de l'obligation violée ou à la qualification de l'obligation violée. Peuvent ainsi soulever des difficultés particulières la détermination de l'existence d'une situation contractuelle (v° M. ESPAGNON, *op. cit.*, n°53 et s. ; M. POUMARÈDE, *Droit de la responsabilité et des contrats 2018/2019*, (dir. P. LE TOURNEAU), *op. cit.*, n°3213.315, soulignant la difficulté de déterminer l'existence d'un contrat en présence d'un engagement unilatéral ; E. JUEN, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, *op. cit.*, n°455, p.347, évoquant le cas de l'exécution d'un service bénévole), ou bien l'identification des parties au contrat (v° M. ESPAGNON, *op. cit.*, n°9 ; M. POUMARÈDE, *Droit de la responsabilité et des contrats 2018/2019*, (dir. P. LE TOURNEAU), *op. cit.*, n°3213.315). Toutefois ces situations ne seront pas abordées ici car ces difficultés d'application du principe de non-cumul ne se retrouvent pas en matière de responsabilité de l'arbitre : en ce domaine, il est acquis qu'il existe un lien contractuel onéreux entre les arbitres et les parties, et la détermination des parties à ce contrat ne pose pas véritablement de difficulté.

³⁸² E. SAVAUX, « L'interprétation dans un ensemble contractuel », *RDC*, 2016, p.207 ; L. LEVENEUR, « Le forçage du contrat », *Droit et patrimoine*, 1998, n°58, p.69 ; P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK,

ou même « *les interprétations divinatoires* »³⁸⁴, technique qui trouve son fondement dans l'ancien article 1135 du Code civil, devenu l'article 1194 du Code civil à l'occasion de la réforme du 10 février 2016³⁸⁵. Tel est le cas par exemple de l'obligation de sécurité qui a été découverte par les juges initialement dans le contrat de transport avant d'être étendue à d'autres contrats³⁸⁶. Ainsi identifiée, l'obligation a pu être rattachée au contrat et permettre à la victime d'un dommage corporel d'agir sur le fondement de la responsabilité contractuelle contre son cocontractant, par application du principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle. On le voit, l'application du principe de non-cumul est donc soumise à l'identification d'une obligation contractuelle, qui n'est pas toujours évidente³⁸⁷.

109. En second lieu, la question de l'identification de l'obligation méconnue peut poser difficulté lorsque le fait générateur de responsabilité est susceptible de caractériser la violation de deux obligations de nature différente : l'une contractuelle, l'autre extracontractuelle. Ce type de problématique n'est pas si rare et se rencontre même assez souvent en pratique. En ce sens, Monsieur Espagon relève que cette situation peut se rencontrer pour « *le cas de la victime d'un accident corporel survenu dans un train qui peut invoquer un manquement à une obligation contractuelle de sécurité et une faute délictuelle dans l'entretien du matériel ou le fait de la chose, ou encore du client d'une école de voile qui peut se placer sur le terrain d'un défaut de surveillance contractuel ou du fait de la chose qui l'a blessé. C'est encore le cas de la victime d'une malfaçon, donc de l'inexécution d'une obligation contractuelle, qui peut agir contractuellement contre l'entrepreneur mais aussi à l'encontre du sous-traitant qui est à l'origine du dommage sur le fondement extracontractuel* »³⁸⁸.

Droit des obligations, op. cit., spé. n°444 à 447, p. 420 à 428 ; R. BLOUGH, *Le forçage, du contrat à la théorie générale*, PUAM, 2011.

³⁸³ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *op. cit.*, n°612, p.692 ; A. ETIENNEY DE SAINTE MARIE, « L' "interprétation créatrice" : l'intention et la détermination du contenu du contrat », *RDC*, 2015, p.166.

³⁸⁴ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique*, Sirey, coll. Université, 16^e édition, 2014, spé. n°399, p.418.

³⁸⁵ Sur cette question, v° P. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2005.

³⁸⁶ M. ESPAGNON, *op. cit.*, n°63 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *op. cit.*, n°613, p.693.

³⁸⁷ Pour un autre exemple, v° Civ. 2^e, 13 juillet 2006, n°05-16.045. Dans cette affaire, les juges ont identifié une obligation contractuelle de surveillance dans un contrat par lequel un enfant avait été confié à une institution par ses représentants. Ils en ont déduit que le dommage subi par cet enfant devait être réparé en application de la responsabilité contractuelle.

³⁸⁸ M. ESPAGNON, *op. cit.*, n°70.

Ce type de situation interroge l'application du principe du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle. Faut-il considérer que le comportement, en ce qu'il s'analyse en la violation d'une obligation contractuelle, ne peut qu'être source de responsabilité contractuelle ? Ou bien estimer qu'il peut être source d'une responsabilité contractuelle et d'une responsabilité délictuelle, en ce qu'il caractérise à la fois une faute contractuelle et une faute délictuelle ? Si l'on s'en tient à une lecture stricte, le principe du non-cumul impose que le manquement à une obligation contractuelle soit sanctionné sur le seul fondement de la responsabilité contractuelle. En revanche, il n'interdit absolument pas que la violation d'une obligation extracontractuelle donne lieu à une action en responsabilité délictuelle. Mais il ne prévoit pas non plus le cas dans lequel un même manquement « cumule » deux qualifications, parce qu'il caractérise la violation de deux obligations distinctes, l'une contractuelle, l'autre extracontractuelle. On voit donc bien que le principe de non-cumul est ici insuffisant pour trancher ce genre de problématique.

La jurisprudence s'est prononcée sur ce genre de difficulté dans l'hypothèse où le fait générateur de responsabilité pouvait s'analyser tant en un manquement à une obligation contractuelle qu'en une violation de l'interdiction légale de rompre brutalement des relations commerciales établies³⁸⁹. Dans ces hypothèses, le comportement était à la fois constitutif d'un manquement contractuel et de la violation d'une obligation extracontractuelle. Dans une telle affaire, ayant donné lieu à un arrêt rendu par la Cour de cassation le 24 octobre 2018³⁹⁰, les juges du fond avaient rejeté l'action de la victime en responsabilité délictuelle en considérant « *que l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce institue une responsabilité de nature délictuelle et qu'en raison du principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle, la [victime], qui a agi sur le terrain de la responsabilité contractuelle, et dont les demandes ont été partiellement accueillies, ne peut former une demande indemnitaire fondée sur la responsabilité délictuelle à raison des mêmes faits, à savoir le refus d'attribution d'un stand en 2010* ». Pour la cour d'appel, le principe de non-cumul faisait donc obstacle à une action en responsabilité délictuelle dès lors que le fait générateur de responsabilité

³⁸⁹ Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la Chambre commerciale du 24 octobre 2018 (Com., 24 octobre 2018, n°17-25.672, F-PB). Le comportement reproché consistait dans le refus de fournir un stand pendant un congrès. Ce comportement s'analysait non seulement en la violation d'une obligation de mise à disposition d'un stand, obligation contractuelle, mais également en une rupture brutale de relations commerciales établies, obligation extracontractuelle.

³⁹⁰ Com., 24 octobre 2018, n°17-25.672, F-PB.

constituait un manquement contractuel, et peu important qu'il caractérise également par ailleurs la violation d'une obligation extracontractuelle. Suivant cette position, la victime d'un manquement contractuel ne pourrait, en vertu du principe de non-cumul, engager la responsabilité délictuelle de son cocontractant qui aurait par ce même comportement violé une obligation extracontractuelle.

Cette décision a été censurée par la Cour de cassation, qui a considéré que le principe de non-cumul « *interdit seulement au créancier d'une obligation contractuelle de se prévaloir, contre le débiteur de cette obligation, des règles de la responsabilité délictuelle et n'interdit pas la présentation d'une demande distincte, fondée sur l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce, qui tend à la réparation d'un préjudice résultant non pas d'un manquement contractuel mais de la rupture brutale d'une relation commerciale établie* »³⁹¹. Autrement dit, pour la Cour de cassation, qui a confirmé cette position dans un arrêt ultérieur de mars 2019³⁹², un comportement peut constituer à la fois un manquement à une obligation contractuelle et un manquement à une obligation extracontractuelle, ce qui autorise alors la victime à agir en responsabilité contractuelle et en responsabilité délictuelle. Ainsi, le principe de non-cumul ne s'oppose pas³⁹³ à ce qu'un contractant victime d'un dommage résultant d'un comportement de son cocontractant constituant à la fois un manquement à une obligation contractuelle et la violation d'une obligation extracontractuelle agisse à la fois en responsabilité contractuelle et en responsabilité délictuelle³⁹⁴. Toutefois, pour que cela soit possible, il faudra que le comportement qui est reproché caractérise la violation d'obligations qui soient identifiées comme contractuelles d'une part, et délictuelles d'autre part : la responsabilité contractuelle pourra alors être invoquée pour sanctionner le manquement contractuel et la responsabilité délictuelle, pour sanctionner la violation de l'obligation extracontractuelle.

³⁹¹ Com., 24 octobre 2018, n°17-25.672,F-PB.

³⁹² Com., 27 mars 2019, n°16-24.630, *L'essentiel du droit de la distribution et de la concurrence*, 2019, p.5, note C.-E. BUCHER (« Le principe du « non-cumul » des responsabilités à l'épreuve de la rupture brutale d'une relation commerciale établie »).

³⁹³ En ce sens, v° M. POUMARÈDE, *Droit de la responsabilité et des contrats 2018/2019*, (dir. P. LE TOURNEAU), *op. cit.*, n°3213.334.

³⁹⁴ Pour une illustration en matière de règle de non-concurrence, v° Com., 13 juillet 2010, n°09-14.985, *L'essentiel droit des contrats*, 2010, p.7, note G. GUERLIN (« La Cour de cassation précise la portée du principe de non-cumul des responsabilités ») ; Com., 12 juillet 2004, n°02-16.034. Dans cette dernière affaire, le comportement litigieux s'analysait en une violation d'une clause de non concurrence, obligation contractuelle, mais également en une violation des dispositions légales interdisant la concurrence déloyale, obligation extracontractuelle.

110. Tout cela fait apparaître que le principe du non-cumul ne suffit pas à justifier qu'un contractant engage une responsabilité exclusivement contractuelle lorsque son comportement cause un dommage à son cocontractant, puisque ce comportement pourrait aussi caractériser la violation d'une obligation extracontractuelle. Ainsi, par exemple, le fait pour l'arbitre de ne pas respecter les délais de l'arbitrage imposés par les parties pourrait tout à la fois caractériser un manquement à l'obligation contractuelle de statuer dans un certain délai et une violation de l'obligation qui s'impose à l'arbitre, comme à tous les juges, de statuer dans un délai raisonnable. De même, le fait de rendre une sentence qui sera frappée de nullité pour n'avoir pas respecté le principe du contradictoire pourrait tout à la fois caractériser un manquement à l'obligation contractuelle de l'arbitre de rendre une sentence efficace³⁹⁵ et un manquement à l'obligation juridictionnelle qui s'impose à l'arbitre, comme au juge, de respecter les principes directeurs du procès. De la même manière, en ne révélant pas la nature des liens qu'il entretient avec une partie, ou le conseil d'une partie, un arbitre peut tout à la fois manquer à l'obligation de révélation, contractuelle, qu'à celle d'être indépendant et impartial, délictuelle³⁹⁶. Dans ces hypothèses, le principe du non-cumul des responsabilités ne justifie pas que l'arbitre engage à l'égard de son cocontractant une responsabilité de nature exclusivement contractuelle.

Il est par ailleurs des hypothèses dans lesquelles l'application du principe de non-cumul peine à s'appliquer en raison de la difficulté de qualifier l'obligation méconnue.

B) Les insuffisances tenant aux difficultés de qualification de l'obligation violée

111. Il se peut que l'obligation méconnue par l'auteur du dommage soit aisément identifiable, mais que sa qualification prête à discussion. En effet, il n'est pas toujours évident de déterminer si une obligation présente une nature contractuelle ou extracontractuelle. Pourtant, cette opération de qualification est absolument nécessaire, dans la mesure où le principe de non-cumul impose que la responsabilité de l'auteur

³⁹⁵ Sur le caractère contractuel de cette obligation, v° notam. C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°309 p.325.

³⁹⁶ Pour le rattachement de ces obligations à la responsabilité contractuelle d'une part, et délictuelle, d'autre part, v° infra Titre 2.

d'un manquement soit de nature contractuelle lorsqu'il est « *prouvé que le dommage est imputable à l'inexécution d'une obligation née du contrat* [...] »³⁹⁷. Pour que l'obligation soit de nature contractuelle, il faut donc qu'elle trouve sa source dans le contrat.

Or, certaines obligations inscrites dans les contrats ne naissent pas du contrat lui-même, mais de textes légaux ou réglementaires. Cette source de l'obligation peut alors influencer sur la qualification de l'obligation concernée, et conduire à rejeter la qualification d'obligation contractuelle. En effet, il ne suffit pas qu'une obligation soit mentionnée dans un contrat pour qu'elle soit de nature contractuelle ; encore faut-il que le contrat ait donné naissance à cette obligation. Ainsi, si l'obligation est mentionnée dans un contrat mais qu'elle naît de la loi, et non pas du contrat lui-même, l'application du principe de non-cumul n'est plus aussi évidente. On le voit, la difficulté de qualification de l'obligation violée est d'autant plus vive dans les hypothèses où l'obligation en cause est à la fois évoquée dans un contrat et imposée par un texte législatif ou réglementaire³⁹⁸. Dans ces situations, la question se pose de savoir si le principe de non-cumul implique que le contractant victime actionne la responsabilité contractuelle de son cocontractant qui a manqué à une obligation prenant sa source dans la loi, mais rappelée dans le contrat. Ou bien faut-il, à l'inverse, considérer que le manquement à une telle obligation, de source extracontractuelle, impose à la victime d'actionner son cocontractant sur le terrain de la responsabilité délictuelle ?

112. Cette difficulté s'illustre tout particulièrement à travers la responsabilité du notaire. Ce dernier est lié aux parties par un contrat lui imposant, généralement, la rédaction d'un acte notarié. Pourtant, en dépit de ce contrat qu'il souscrit avec les parties, la responsabilité qu'il engage en cas de manquement n'est pas systématiquement contractuelle : tout dépendra de la qualification de l'obligation violée.

Ainsi, d'après l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 45-2590 du 2 novembre 1945 relative au statut du notariat, les notaires sont des officiers publics investis d'une mission d'autorité publique qui préparent et rédigent des actes sous la forme authentique pour le compte de leurs clients. Autrement dit, le notaire, tout en ayant un statut défini légalement, tisse une relation contractuelle avec ses clients. Il a donc une

³⁹⁷ La Cour de cassation a énoncé : « pour qu'une responsabilité contractuelle soit engagée, il ne suffit pas qu'un dommage ait été causé à l'occasion d'un contrat... il faut encore que le dommage résulte de l'inexécution d'une des obligations de ce contrat » (Civ. 1^e, 7 novembre 1961, D. 1962, jurispr. p.146, note P. ESMAN).

³⁹⁸ En ce sens, v° M. ESPAGNON, *op. cit.*, n°11.

mission d'origine contractuelle, mais sa fonction, notariale en l'occurrence, est encadrée par des règles légales, du moins en partie. Cette dualité qui irradie l'intervention du notaire a pu donner lieu à quelques débats quant à la nature de la responsabilité de cet officier public.

D'un côté, la nature contractuelle des relations entre le notaire et ses clients³⁹⁹ pourrait, en application du principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle, induire que la responsabilité de ce dernier soit nécessairement de nature contractuelle. En effet, dès lors qu'il existe une situation contractuelle entre le notaire et ses clients, que dans ce contrat est mentionnée l'obligation pour le notaire de rédiger un acte pour les clients et que le notaire est défaillant dans cette mission, le principe de non-cumul devrait impliquer que ce manquement soit sanctionné par l'engagement de la responsabilité contractuelle du notaire. Une telle position supposerait toutefois que la simple mention, dans le contrat liant le notaire aux parties, de l'obligation de rédiger un acte, suffise à qualifier cette obligation de contractuelle. Cela conduirait alors à renforcer la protection de la matière contractuelle en lui rattachant tout ce que les parties mentionnent dans le contrat.

D'un autre côté, l'application du principe du non-cumul dans une telle hypothèse ne prendrait pas en considération le fait que l'obligation portée au contrat trouve en réalité sa source dans les règles légales et réglementaires qui fixent le statut du notaire. En effet, l'obligation de rédiger des actes authentiques et d'instrumenter des actes juridiquement efficaces ne naît pas tant du contrat que du statut du notaire. Si l'on tient compte de cette source légale de l'obligation du notaire, il faut alors exclure la qualification contractuelle et considérer que la violation d'une telle obligation ne peut qu'être sanctionnée par une responsabilité de nature délictuelle. Adopter cette position soulignerait l'importance du statut⁴⁰⁰ du notaire en donnant un écho particulier aux

³⁹⁹ Certains ont pu contester la nature de ces relations parce que, d'une part, le notaire ne peut pas refuser d'instrumenter et que, d'autre part, ses honoraires sont réglementaires. En dépit de ces débats, il ne fait aucun doute que la nature des relations entre le notaire et ses clients est contractuelle. Pour une présentation de ce débat, v° J.-L. AUBERT, *La responsabilité civile des notaires*, Defrénois, 5^e édition, 2008, spé. n°16, p.21.

⁴⁰⁰ On souligne ici le terme statut. On verra plus tard que la proposition d'une responsabilité délictuelle de l'arbitre a aussi pour effet de reconnaître à l'arbitre un statut (v° *infra*, n°120). Ce point permet de renforcer encore davantage l'idée suivant laquelle la situation de l'arbitre peut s'inspirer de celle du notaire, même si ces deux acteurs ne peuvent évidemment pas être assimilés.

dispositions légales qui le régissent⁴⁰¹ et font échapper une partie de ces obligations à la volonté des parties, et donc à la responsabilité contractuelle en cas de manquement.

La Cour de cassation a tranché ce débat dans un arrêt dans lequel elle a énoncé que « *les obligations du notaire, lorsqu'elles ne tendent qu'à assurer l'efficacité d'un acte instrumenté par lui et ne constituent que le prolongement de sa mission de rédacteur d'acte, relèvent de sa responsabilité délictuelle* »⁴⁰². Ce faisant, elle a considéré que même si l'obligation de rédiger un acte efficace lui est faite par ses clients par le truchement d'un contrat, cette obligation dépasse le contrat, qui ne fait que la rappeler, pour se rattacher au statut du notaire⁴⁰³. Dès lors, le manquement à cette obligation ne s'analyse pas en un manquement à une obligation née du contrat mais en un manquement à une obligation extracontractuelle se rattachant au statut du notaire. Il engage, en conséquence, une responsabilité de nature délictuelle.

Pour expliquer cela, Monsieur Libchaber considère que « *les aspects statutaires l'emportent de très loin sur la liberté de principe qui est intrinsèque à la notion même de contrat* »⁴⁰⁴. Autrement dit, la fonction notariale, emportant avec elle un statut du notaire lui imposant différentes obligations, prime sur la nature du lien qu'entretient le notaire avec les parties. Ainsi, en dépit de l'origine contractuelle de sa mission, laquelle tient en la rédaction d'un acte, lorsque le notaire faillit dans l'exercice de cette obligation, il engage sa responsabilité délictuelle, et non pas contractuelle.

En revanche, lorsque les parties lui confèrent contractuellement une mission autre que celle qui se rattache à sa fonction notariale, le notaire engage sa responsabilité contractuelle. En effet, dans ces situations, les obligations du notaire ne se rattachant pas à son statut, elles sont considérées comme nées du contrat qu'il lie avec ses clients de sorte que tout manquement à ces dernières engagera une responsabilité de nature contractuelle. C'est ce qu'a exprimé très clairement la Cour de cassation dans une décision dans laquelle les clients d'un notaire recherchaient la responsabilité de celui-ci pour ne pas avoir respecté l'obligation qui lui avait été faite d'opérer lui-même une substitution de garantie. Dans cette décision, la Haute juridiction a énoncé : « *si les obligations du notaire, qui ne tendent qu'à assurer l'efficacité d'un acte instrumenté par lui*

⁴⁰¹ En cens, v° J. DE POULPIQUET, *Répertoire de droit immobilier*, Dalloz, v° Notaire, 2009, spé. n°254 à 271.

⁴⁰² Civ. 1^e, 23 janvier 2008, n°06-17.489, *Bull I*, n°27 ; Civ. 1^e, 6 juin 2018, n°17-13.975, *Bull I*, n°99.

⁴⁰³ En ce sens, v° J. DE POULPIQUET, *op. cit.*, n°255.

⁴⁰⁴ R. LIBCHABER, « Obligations, protection du consommateur, responsabilité notariale », *Deffrénois*, 2008, p.712, note sous Civ. 3^e, 7 mai 2008, n°07-11.792.

et qui ne constituent que le prolongement de sa mission de rédacteur d'acte, relèvent de sa responsabilité délictuelle, il en va différemment lorsque celui-ci a souscrit une obligation contractuelle à l'égard de son client, tel qu'en l'espèce, l'engagement de procéder lui-même à une substitution de garantie »⁴⁰⁵.

113. Il ressort de l'ensemble de ces éléments que le principe de non-cumul des responsabilités délictuelle et contractuelle ne fait pas obstacle à ce qu'un manquement à une obligation mentionnée dans un contrat engage la responsabilité délictuelle de l'auteur du manquement à l'égard de son cocontractant. Cette solution s'applique en particulier lorsque l'obligation violée, bien que mentionnée dans le contrat, ne trouve pas sa source dans ce contrat, mais dans la loi. Elle doit alors être qualifiée d'obligation extracontractuelle et entraîner la responsabilité délictuelle de celui qui y manque. C'est donc uniquement lorsque l'obligation méconnue naît du contrat que l'auteur du manquement engage sa responsabilité contractuelle à l'égard de son cocontractant. Autrement dit, un contractant pourra engager à l'endroit de son cocontractant une responsabilité de nature contractuelle pour les obligations nées du contrat et une responsabilité délictuelle pour les obligations portées au contrat mais qui naissent d'une source extracontractuelle, tel le statut de l'auteur du manquement.

114. En conséquence, il est nécessaire de dépasser la conception selon laquelle le principe de non-cumul justifierait que l'arbitre engage une responsabilité de nature exclusivement contractuelle à l'endroit des parties, dès lors que le contrat est valablement formé. En effet, cette position repose sur une vision absolue du principe de non-cumul suivant laquelle l'existence d'un contrat suffit à appliquer une responsabilité de nature contractuelle. Or, cela est vrai uniquement si le comportement reproché

⁴⁰⁵ Civ. 1^e, 12 avril 2005, n°03-14.842, *Bull I*, n°178. *Adde* Civ. 1^e, 14 février 2018, n°16-20.278, *Bull I*, n°33, où, pour déterminer la nature de la responsabilité du notaire agissant à titre de séquestre, la Cour de cassation a énoncé : « *Mais attendu qu'ayant relevé que les demandes tendaient à l'indemnisation de préjudices résultant de l'inexécution, par le notaire, de la mission de séquestre qui lui avait été confiée par le tribunal, la cour d'appel en a exactement déduit que, [le client] n'étant lié au notaire par aucun contrat, l'action litigieuse était une action en responsabilité extra contractuelle soumise à la prescription décennale de l'article 2270-1 ancien du code civil* ». De cet arrêt, il s'infère que pour déterminer la responsabilité du notaire, la Cour de cassation fait une application du principe de non-cumul : l'absence de lien contractuel entre les demandeurs à l'action en responsabilité et le notaire justifie que la responsabilité ne soit pas de nature contractuelle mais délictuelle. Ainsi, on peut tout à fait considérer que, si les parties avaient été liées par contrat au notaire qui était tenu comme séquestre, alors la responsabilité du notaire aurait été de nature contractuelle et non délictuelle. Adoptant également cette position, v° E. JÜEN, « Nouveau regard sur la dualité du régime de la responsabilité de l'arbitre », *op. cit.*, p.658 et 659.

constitue uniquement la violation d'une obligation née du contrat. Dès lors que le manquement reproché s'analyse en la violation d'une obligation extracontractuelle, fût-elle mentionnée dans le contrat, il engagera la responsabilité délictuelle de son auteur.

Cette particularité se retrouve précisément au sujet de l'arbitre, qui est un contractant mais aussi un juge. Retenir, à son sujet, une responsabilité exclusivement contractuelle revient à considérer que rien n'échappe au contrat et à revenir, en quelque sorte, à une conception purement contractuelle de l'arbitrage. Or, la consécration de la nature duale de l'arbitrage implique que certains éléments échappent au contrat⁴⁰⁶, et prennent leur source dans le statut de juge dont l'arbitre se trouve investi. La nature de la responsabilité de l'arbitre ne peut donc pas être exclusivement contractuelle, dès lors que l'arbitre peut violer des obligations extracontractuelles, fussent-elles mentionnées dans le contrat d'arbitre. Tel peut être le cas, par exemple, des obligations d'indépendance ou d'impartialité, ou encore de l'obligation de respecter le principe du contradictoire ou l'autorité de la chose jugée, dont il est incontesté qu'elles se rattachent au statut de l'arbitre-juge, donc à l'aspect juridictionnel de sa fonction⁴⁰⁷.

Au total, le reproche essentiel qui peut être fait à l'approche exclusivement contractuelle de la responsabilité de l'arbitre tient à ce qu'elle occulte la dualité de l'arbitrage. Cela, alors même que le principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle peut parfaitement s'accommoder de cette double nature, comme le démontre l'exemple du notaire. Par conséquent, les alternatives à cette approche exclusivement contractuelle méritent d'être examinées. Plusieurs propositions ont été émises par la doctrine. Il conviendra d'opérer un choix entre elles.

§2) Le choix entre les alternatives à une responsabilité exclusivement contractuelle de l'arbitre

⁴⁰⁶ Pour la contestation de la doctrine rejetant l'existence du contrat d'arbitre, v° *supra* note de bas de page n°49

⁴⁰⁷ Concernant les obligations d'indépendance et d'impartialité, la cour d'appel de Paris a pu considérer que les obligations d'indépendance et d'impartialité sont « *de l'essence de [la] fonction juridictionnelle exclusive par nature de tout lien de dépendance à l'égard notamment des parties, et de tout préjugé* » (Paris, 28 novembre 2002, *JCP G*, 2003, I, 164, n°3, obs. C. SERAGLINI ; *Rev. arb.*, 2003, p.445, note C. BELLOC). Dans le même sens, v° Civ. 1^e, 16 mars 1999, *Bull I*, n°88, où la Cour de cassation a énoncé que l'indépendance et l'impartialité « *sont de l'essence de la fonction arbitrale* ». *Adde* C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°222 p.236.

Concernant le principe du contradictoire, v° TGI Paris, 22 mai 2017, *Blowpack SARL c/ M. C. et autres*, n°14-14717.

Concernant le respect de l'autorité de la chose jugée, v° Civ. 1^e, 15 janvier 2014, n°11-17.196, *Bull I*, n°1.

Différentes propositions ont été émises pour remplacer ou compléter l'approche exclusivement contractuelle de la responsabilité de l'arbitre. Certaines de ces propositions, qui nous apparaissent inopportunes, reposent sur une approche unitaire de la responsabilité civile de l'arbitre (A). D'autres, plus opportunes selon nous, reposent sur une approche duale (B).

A) L'inopportunité des approches unitaires

Deux approches unitaires de la nature de la responsabilité de l'arbitre ont été proposées, en parallèle de celle qui retient une responsabilité exclusivement contractuelle. La première tend à soumettre l'arbitre à une responsabilité de nature professionnelle (1). La seconde penche en faveur d'une responsabilité de nature exclusivement délictuelle (2). L'une et l'autre sont unitaires en ce qu'elles proposent d'appréhender la question de la nature de la responsabilité sous l'angle d'une responsabilité unique, quel que soit le manquement reproché. Elles nous apparaissent tout aussi inopportunes l'une que l'autre.

1. *L'inopportunité d'une responsabilité professionnelle de l'arbitre*

115. Un auteur s'est principalement illustré dans le développement d'une position doctrinale en faveur d'un régime autonome de responsabilité de l'arbitre : Madame Jandard. Pour cette dernière, l'arbitre devrait engager sa responsabilité « *lorsqu'il commet une faute de fonction, non en application du droit commun, mais d'après un régime autonome de responsabilité* »⁴⁰⁸. Cet auteur rejette donc l'idée d'une responsabilité contractuelle de l'arbitre⁴⁰⁹ au motif que celui-ci ne serait pas, à l'endroit des parties, engagé dans un lien contractuel de telle sorte qu'il ne serait pas le débiteur

⁴⁰⁸ L. JANDARD, *op. cit.*, n°369, p. 388.

⁴⁰⁹ Ibid. : « Cette prise de position conduit à nous placer en faveur d'une renonciation à la distinction opérée en droit positif. Les fautes commises par l'arbitre dans l'exercice de sa fonction ne peuvent être sanctionnées que sur le terrain de la responsabilité délictuelle ou être couvertes par l'immunité sauf en cas de faute d'une particulière gravité. Dans l'hypothèse d'une telle faute, la responsabilité ne devrait pas davantage être de nature contractuelle ». Toutefois, même si l'auteur évoque la responsabilité délictuelle, elle opte au vrai pour une responsabilité professionnelle autonome (L. JANDARD, *op. cit.*, n°375 et s., p.393 et s.).

« d'obligations contractuelles mais de devoirs inhérents à l'exercice même de la fonction arbitrale »⁴¹⁰.

Madame Jandard en tire la conséquence que la responsabilité de l'arbitre s'apparente à une responsabilité professionnelle. En effet, pour cet auteur, la responsabilité de l'arbitre devrait être appréhendée à travers la notion de « *faute lourde professionnelle* », et devrait être sanctionnée par le truchement d'une responsabilité qui ne serait ni contractuelle, ni délictuelle. Autrement dit, la responsabilité de l'arbitre devrait être appréhendée par le prisme d'une « *responsabilité autonome qui s'affranchirait du carcan de la distinction entre les deux ordres de la responsabilité civile [...]* »⁴¹¹. Il s'agirait donc d'une responsabilité professionnelle autonome qui transcenderait la *summa divisio*, à la manière de la responsabilité des accidents de la circulation ou encore de la loi relative à la responsabilité du fait des produits défectueux⁴¹².

116. Cette approche nous paraît se heurter à deux arguments, au moins. Le premier argument tient à l'idée même d'une responsabilité de nature professionnelle. Un arbitre est-il un professionnel? Madame Jandard elle-même soulève cette interrogation, pointant une difficulté qui ne peut pas être aisément levée. En effet, la doctrine relève que « *l'arbitre n'est pas et ne doit pas être une profession* »⁴¹³ ou encore que l'arbitre est « *un être de passage. On est arbitre le temps d'une instance, on ne fait pas profession d'arbitre* »⁴¹⁴. Certains auteurs, tels Messieurs Derains ou Gaillard, estiment que ces visions sont dépassées et constatent une certaine professionnalisation de l'arbitrage et de l'activité d'arbitre⁴¹⁵. Pour autant, ils reconnaissent que, même si le fait d'être arbitre se rapproche d'une profession, il n'est est toujours pas une à proprement parler. Cette position est également celle de Madame Jandard, qui considère que les

⁴¹⁰ *Ibid.*, n°368, p.386.

⁴¹¹ *Ibid.*, n°375, p.393.

⁴¹² *Ibid.*

⁴¹³ Y. GUYON, *L'arbitrage*, Économica, 1995, spé. p.39.

⁴¹⁴ J.-P. LE GALL, « Le statut fiscal de l'arbitrage international en Europe », in *L'internationalité dans les institutions et le droit : convergences et défis : études offertes à Alain Plantey*, Pédone, 1995, p. 331 et s.

⁴¹⁵ En ce sens, Monsieur Derains énonce : « la communauté arbitrale ne cesse de s'autoréguler depuis une quinzaine d'années, ce qui la rapproche d'une profession, même si elle est loin d'en avoir toutes les caractéristique » (Y. DERAÏNS, « Le professionnalisme des arbitres », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2012, n°4, dossier 19). Dans le même sens, Monsieur Gaillard énonce : « Aujourd'hui, l'arbitrage est aussi un métier avec, aux côtés d'arbitres occasionnels, des arbitres qui en font profession » (E. GAILLARD, « Sociologie de l'arbitrage international », *Journal du droit international (Clunet)*, 2015, n°4, doct. 9, p. 1089 et s., spé. n°10, p.1094).

arbitres ne forment pas encore une profession, même s'il est certain que la pratique se professionnalise. Toutefois, il arrive encore que des personnes ne soient nommées arbitres que très ponctuellement, ce qui témoigne que l'arbitre n'est pas encore un professionnel, au sens de celui qui exerce une profession⁴¹⁶. En l'état, cette première difficulté tenant à l'inexistence même d'une profession arbitrale semble s'opposer à la consécration d'une responsabilité professionnelle autonome.

Le second argument qui s'oppose à la reconnaissance d'une responsabilité de telle nature tient dans l'absence de textes régissant la question de la responsabilité de l'arbitre. Or, il est impossible de penser une responsabilité professionnelle sans l'existence d'une réglementation⁴¹⁷. Cette difficulté est également soulevée par Madame Jandard, qui estime toutefois que c'est par la reconnaissance d'une telle responsabilité que « *seraient reconnues les spécificités de la fonction d'arbitrer* »⁴¹⁸.

117. L'opportunité de la création d'un régime autonome mérite toutefois d'être mise en doute. En effet, la multiplication des qualifications *sui generis* et des régimes dérogatoires au droit commun n'est pas toujours nécessaire, ni exempte de difficultés.

D'abord, la création d'une qualification autonome n'est nécessaire que lorsqu'il apparaît que les qualifications existantes sont inadaptées pour répondre aux besoins spécifiques d'une institution donnée. Or, l'arbitrage ne présente pas une spécificité telle qu'il ne pourrait être soumis aux règles régissant les responsabilités contractuelle et délictuelle. La difficulté, en ce domaine, tient plutôt à l'identification de la nature de la responsabilité de l'arbitre, en raison de la dualité de l'institution. Mais rien n'empêche de résoudre cette difficulté en identifiant les manquements qui se rattachent à l'aspect contractuel de la mission de l'arbitre et ceux qui se rattachent à sa fonction juridictionnelle, pour en tirer les conséquences sur la nature de sa responsabilité⁴¹⁹.

Ensuite, la création d'une responsabilité autonome, détachée de la distinction des responsabilités contractuelle et délictuelle, porte en elle-même ses propres difficultés : elle impose de créer *ex nihilo* l'ensemble des règles applicables à ce qui serait un nouveau régime de responsabilité. L'autonomisation implique de penser un régime dans

⁴¹⁶ Il pourrait toutefois être qualifié de professionnel au sens du Code de la consommation. Sur ce point, v° *infra* n°489

⁴¹⁷ En ce sens, v° P. JOURDAIN, « La responsabilité professionnelle et les ordres de responsabilité civile », *Les petites affiches*, 11 juillet 2001, p.63.

⁴¹⁸ L. JANDARD, *op. cit.*, n°379, p.399.

⁴¹⁹ Sur cette approche, v° *infra*, n°126 et s.

son intégralité, ce qui sera inévitablement source d'imprévisibilité à chaque nouvelle difficulté soulevée par une pratique qui n'aurait pas été anticipée. D'ailleurs, Madame Jandard elle-même soulève cette difficulté⁴²⁰. Elle n'est pas la seule : même des auteurs qui se prononcent en faveur d'une approche autonome des responsabilités professionnelles en général soulignent que cette autonomie « *dépend de l'existence d'une réglementation légale* »⁴²¹ particulièrement précise. En effet, chaque fois que la réglementation spéciale est silencieuse, cela rend impératif « *le recours à une distinction et à une qualification contractuelle ou délictuelle* »⁴²². En somme, l'élaboration d'une responsabilité professionnelle véritablement autonome n'est possible qu'à la condition que la réglementation légale soit exhaustive et complète en tous points. Or, en l'état du droit positif, la question de la responsabilité de l'arbitre n'est encadrée par aucune réglementation légale spécifique. On voit mal d'ailleurs le législateur français, dans une situation de concurrence entre les droits nationaux, se prêter à une telle œuvre.

Toutes ces difficultés conduisent à penser que, si la France veut garder son attractivité en matière d'arbitrage, il n'apparaît pas opportun d'envisager la construction d'un régime autonome de responsabilité de l'arbitre, source d'imprévisibilité. Cela, d'autant plus que le droit commun de la responsabilité suffit à appréhender les problématiques suscitées par l'arbitrage⁴²³. Une telle position ne fait pas ombrage à l'arbitrage. Ce n'est pas parce que la responsabilité de l'arbitre peut être appréhendée par une responsabilité de droit commun que la fonction de l'arbitre en devient pour autant « commune » et perd sa spécificité.

Outre ces premières objections qui s'opposent à la consécration d'un régime autonome de responsabilité professionnelle de l'arbitre, d'autres objections peuvent être opposées, qui sont communes à cette proposition et à celle d'une responsabilité exclusivement délictuelle de l'arbitre.

2. L'inopportunité d'une responsabilité exclusivement délictuelle de l'arbitre

⁴²⁰ L. JANDARD, *op. cit.*, n°376, p.395.

⁴²¹ P. JOURDAIN, *op. cit.*

⁴²² Ibid.

⁴²³ Sur le régime de la responsabilité de l'arbitre, v° *infra*, partie 2.

118. La position de Madame Jandard⁴²⁴ se fonde sur l'affirmation selon laquelle les obligations de l'arbitre se rattachent à la fonction de ce dernier, laquelle échappe à tout contrat, du moins dans ses rapports avec les parties. Cette position qui veut que les obligations de l'arbitre se rattache à sa fonction est partagée par Monsieur Henry, qui considère que « *l'arbitre se doit de suivre les règles de conduite que lui impose sa fonction. Il ne s'agit pas de "règles de droit" (au sens de normes légales) et encore moins de règles qu'il conviendrait de sélectionner dans des corpus de règles nationales préexistantes, mais comme nous l'avons observé plus haut de "règles de l'art" non pas dictées par la loi ou les parties mais inhérentes à la fonction de l'arbitre. Leur siège est donc la conscience de l'arbitre. Plus que de règles il s'agit de vertus* »⁴²⁵. Ces deux auteurs⁴²⁶ partagent donc l'idée suivant laquelle les obligations de l'arbitre ne sont pas contractuelles, mais se rattachent à la fonction de l'arbitre. De ce constat, ils tirent l'un et l'autre la même conclusion quant à la nature de la responsabilité de l'arbitre : ils excluent qu'elle puisse être contractuelle. Pour autant, s'ils s'accordent pour rejeter l'idée d'une responsabilité de nature contractuelle de l'arbitre du fait du rattachement de ses « *devoirs* » à sa fonction arbitrale, ou à la déontologie, ces auteurs sont en désaccord en ce qui concerne la détermination de la nature de cette responsabilité.

En effet, si Madame Jandard exprime une préférence en faveur d'une responsabilité professionnelle, Monsieur Henry opte plutôt pour une responsabilité exclusivement délictuelle de l'arbitre. Pour cet auteur, la responsabilité de l'arbitre s'appuie sur des règles éthiques préexistant au contrat d'arbitre⁴²⁷, ce qui induit que les devoirs de l'arbitre ne sont jamais issus d'un contrat et, en conséquence, que l'arbitre ne peut jamais engager une responsabilité autre que de nature délictuelle. Il s'agit là d'une application négative du principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle : puisqu'aucun devoir de l'arbitre ne se rattache au contrat, sa responsabilité ne pourrait jamais être de nature contractuelle. C'est la raison pour laquelle Monsieur Henry estime que : « *dès lors que les devoirs d'indépendance, d'impartialité, de loyauté préexistent au contrat d'arbitre, sont inhérents à la fonction d'arbitre, leur sanction*

⁴²⁴ V° *supra*, n°115.

⁴²⁵ M. HENRY, « Éthique et arbitrage ou la solitude du coureur de fond », *Rev. arb.*, 2016, p.707 et s., spé. n°40, p.730-731.

⁴²⁶ Il faut ici souligner que ces auteurs diffèrent sur un point : Madame Jandard conteste l'existence même d'un contrat entre l'arbitre et les parties ce que ne fait pas Monsieur Henry. Il n'en demeure pas moins qu'ils partagent l'idée que les obligations de l'arbitre ne sont pas contractuelles.

⁴²⁷ *Ibid.*, n°53, p.737 : les obligations de l'arbitre « ne trouvent pas leur source dans le contrat mais en dehors du contrat et lui préexistent ».

devrait relever du champ de la responsabilité délictuelle et non de celui de la responsabilité contractuelle »⁴²⁸.

119. Deux arguments nous semblent s'opposer à ces approches qui excluent toute dimension contractuelle de la responsabilité de l'arbitre : l'une est éminemment juridique, l'autre relève davantage d'une conception de l'arbitrage.

En premier lieu, il ne nous semble pas que l'arbitre soit tenu uniquement d'obligations rattachées à sa fonction juridictionnelle. En effet, certaines des obligations qui lient l'arbitre sont éminemment dépendantes de sa qualité de prestataire de services, donc de sa qualité de contractant. Tel est notamment le cas de l'obligation de confidentialité⁴²⁹ ou encore de l'obligation de respecter les délais de l'arbitrage⁴³⁰, qui ne sont pas propres à l'exercice d'une fonction juridictionnelle, dès lors que le juge étatique n'en est pas tenu⁴³¹. En conséquence, si l'on considère que certaines des obligations de l'arbitre se rattachent à l'aspect contractuel de sa mission, et non à son aspect juridictionnel, il n'est pas envisageable d'exclure toute responsabilité de nature contractuelle. Là encore, le principe du non-cumul des deux ordres de responsabilité impose, dans une dimension positive, d'engager la responsabilité contractuelle de l'arbitre chaque fois qu'il se rend coupable d'un manquement de nature contractuelle. Le choix de la nature de la responsabilité de l'arbitre doit donc dépendre de la qualification de ses obligations, et de leur rattachement à l'un ou l'autre des aspects de l'arbitrage.

En second lieu, retenir une approche unitaire de la responsabilité de l'arbitre, en niant toute dimension contractuelle, revient, selon nous, à méconnaître une partie de la spécificité de l'arbitrage. Toute la particularité de cette institution tient à ce qu'elle repose sur une source contractuelle qui a pour objet d'investir l'un des contractants d'une fonction juridictionnelle. C'est cette hybridité entre la source et la fonction de l'arbitrage qui donne à l'institution arbitrale un caractère si spécifique ; aucune autre institution ne naît de la rencontre d'une source contractuelle et d'une fonction juridictionnelle. Cette particularité ne doit pas disparaître au moment d'appréhender la responsabilité des acteurs qui mettent l'institution en mouvement. Elle doit irriguer le

⁴²⁸ Ibid.

⁴²⁹ Sur ce point, v° *infra*, n°196 et s.

⁴³⁰ Sur ce point, v° *infra*, n°212 à 214.

⁴³¹ Sur l'utilisation de ce critère pour classer les obligations de l'arbitre afin de les rattacher à sa fonction juridictionnelle ou à sa mission contractuelle, v° *infra*, n°131.

régime de l'arbitrage et, en l'occurrence, de la responsabilité arbitrale, sous peine de nier la spécificité même de l'institution.

Pour autant, la préservation de cette spécificité ne passe pas par la création d'un régime autonome de responsabilité. Au vrai, il est impossible de rendre l'arbitrage autonome : il restera toujours fondé sur un contrat qui attribue à un arbitre une fonction de juge. C'est la raison pour laquelle il nous semble, aux côtés de certains auteurs, qu'une approche duale de la responsabilité de l'arbitre soit la plus adaptée : en fonction du manquement reproché à l'arbitre, sa responsabilité pourra être soit de nature contractuelle, soit de nature délictuelle.

B) L'opportunité de l'approche duale

120. Une approche duale de la responsabilité de l'arbitre implique que, selon les obligations méconnues, l'arbitre engage tantôt sa responsabilité contractuelle, tantôt sa responsabilité délictuelle à l'égard des parties. Les arguments en faveur de cette approche pourraient se heurter à une difficulté de mise en œuvre, tenant à la nécessité d'identifier un critère de distinction entre les cas relevant de la responsabilité contractuelle et ceux relevant de la responsabilité délictuelle. Toutefois, il semble que cette difficulté puisse être facilement dépassée, par la proposition d'un critère de classification permettant de rattacher les obligations de l'arbitre à sa mission contractuelle ou à sa fonction juridictionnelle. L'opportunité de l'approche duale se révèle donc à travers les arguments qui penchent en sa faveur (1) et se trouve confortée par la possibilité de dépasser les difficultés qui pourraient présider à sa mise en œuvre (2).

1. Les arguments en faveur de l'approche duale

121. De ce qui précède, il ressort que les différentes approches unitaires de la responsabilité de l'arbitre sont insuffisantes ou inopportunes. Ces propositions nous semblent non seulement relever d'une approche contestable du principe du non-cumul dès lors que les obligations de l'arbitre ne sont ni toutes rattachées à son contrat d'arbitre ni toutes rattachées à sa fonction juridictionnelle, laquelle échappe au contrat d'arbitre, mais également nier le caractère hybride de l'institution arbitrale. Ce dernier

grief peut également être formulé à l'endroit de la proposition d'ériger un régime de responsabilité autonome, ce qui par ailleurs serait source de difficulté quant à son élaboration.

122. Le rejet de ces trois approches unitaires de la responsabilité de l'arbitre conduit tout naturellement à opter pour une approche duale de la responsabilité, découlant de la double nature de l'institution arbitrale elle-même. En effet, l'arbitrage est une institution hybride empruntant au contractuel et au juridictionnel. Cette dualité fait de l'arbitre un homme à deux têtes : prestataire de service, il remplit une mission contractuelle ; juge, il assume une fonction juridictionnelle. Il serait cohérent de retrouver cette hybridité de l'institution sur le plan de la responsabilité arbitrale. La nature de la responsabilité de l'arbitre doit elle aussi être le reflet du dualisme qui irrigue l'institution arbitrale. Ainsi, lorsque l'arbitre se rend coupable d'un manquement qui se rattache à sa mission de prestataire de services, c'est sa responsabilité contractuelle qui devrait être engagée, parce que son manquement est lié à l'aspect contractuel de l'institution. À l'inverse, lorsqu'il méconnaît une obligation qu'il assume en sa qualité de juge, c'est sa responsabilité délictuelle qui devrait être engagée, parce que son comportement se rattache à l'aspect juridictionnel de l'institution, et à son statut d'arbitre.

Une telle position aurait pour effet de valoriser la spécificité de l'arbitre en soulignant ce qui relève de son statut, à l'instar de ce qui a été fait pour le notaire⁴³². La relation contractuelle ne peut pas, et ne doit pas, prendre le pas sur ce qui relève du statut particulier de ce juge privé qu'est l'arbitre. La consécration d'une responsabilité duale aura donc pour effet de renforcer la spécificité de l'arbitre en distinguant ce qui relève de son statut, et doit donc échapper au contrat, de ce qui relève de son rapport aux parties. Refuser cette dichotomie a nécessairement pour effet non seulement de dénaturer l'institution, mais également de faire de l'arbitre un contractant, comme n'importe quel vendeur, preneur à bail, entrepreneur... L'arbitre est bien différent de ces contractants puisqu'il est aussi un juge qui assume donc, à ce titre, ce qu'aucun des cocontractants « traditionnels » n'assume : une fonction juridictionnelle, qui implique une responsabilité de nature délictuelle, détachée du contrat.

⁴³² V° *supra*, n°112.

123. Bien que cette approche ne soit pas celle du droit positif, elle reçoit les faveurs d'une part minoritaire de la doctrine.

Ainsi, au sein de la doctrine, Madame Juen s'est prononcée en faveur d'une approche duale de la responsabilité de l'arbitre. Dans un article consacré à la dualité du régime de la responsabilité de l'arbitre, elle relate qu'elle avait interrogé son directeur de thèse, Monsieur Loquin, en ces termes : « *si la responsabilité de l'arbitre contractant est logiquement contractuelle, quel est le régime de la responsabilité de l'arbitre-juge : contractuel ou extracontractuel ? Les devoirs liés à cette fonction de juger n'excèdent-ils pas le cadre contractuel ?* »⁴³³. Poursuivant la réflexion, Madame Juen considère que la sanction des obligations éthiques de l'arbitre, qui sont inhérentes à sa mission de juger, devrait être délictuelle, tandis que la responsabilité contractuelle devrait être « *réservée aux manquements aux rares obligations contractuelles de l'arbitre* »⁴³⁴.

Cette position est partagée par Messieurs Seraglini et Ortscheidt, qui s'expriment également très clairement en ce sens. Pour ces deux auteurs, « *l'arbitre peut également engager sa responsabilité à l'égard des parties en cas de manquement à ses obligations contractuelles ou juridictionnelles. Dans le premier cas, sa responsabilité devrait être contractuelle ; dans le second, elle pourrait être de nature délictuelle, parce que liée à la fonction de juger, ce qui pourrait renforcer l'idée d'un véritable statut de l'arbitre* »⁴³⁵.

124. L'approche duale de la responsabilité de l'arbitre pourrait, en outre, trouver un certain écho dans la jurisprudence. Ainsi, dans l'affaire *Bompard*, précédemment mentionnée⁴³⁶, les juges ont implicitement fait application des règles de la responsabilité contractuelle en raison d'un manquement de l'arbitre rattaché à sa fonction juridictionnelle. Toutefois, la motivation retenue par les juges présentait une certaine ambiguïté, puisqu'ils avaient relevé que « *le régime de la responsabilité de l'arbitre ne peut donc pas être strictement d'ordre contractuel en raison de la double nature de l'institution arbitrale, contractuelle par son fondement et juridictionnelle par sa fonction* »⁴³⁷. Ces motifs ont été repris, vingt ans après, quasiment à l'identique, par le

⁴³³ E. JUEN, « Nouveau regard sur la dualité du régime de la responsabilité de l'arbitre », *op. cit.*, p.653.

⁴³⁴ *Ibid.*, p.669.

⁴³⁵ C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°799 p.795.

⁴³⁶ V° *supra*, n°84.

⁴³⁷ CA Paris, 22 mai 1991, n°90-18079, spé. p.4.

tribunal de grande instance de Paris, dans une décision dite *Blowpack*⁴³⁸, dans laquelle la responsabilité contractuelle des arbitres était recherchée pour violation du contradictoire. Les juges du tribunal, confirmés par la cour d'appel de Paris⁴³⁹, ont rejeté l'action en responsabilité en considérant que la faute nécessaire pour l'engagement de la responsabilité des arbitres n'était pas, en l'espèce, retenue.

Cette motivation laisse entrevoir une position favorable des juges pour reconnaître qu'il existe une différence entre les manquements rattachés au contrat et ceux qui relèvent de la fonction juridictionnelle. Cependant, les juges n'ont pas tiré toutes les conséquences de cette idée. Ils semblent avoir opéré une confusion entre la question du régime de la responsabilité et celle de la nature de la responsabilité. En effet, dans la formule évoquée, il est indiqué que « *le régime de la responsabilité ne peut donc pas être strictement d'ordre contractuel* ». Ce faisant, les juges évoquent à la fois le « *régime* », c'est-à-dire les conditions et les effets de l'engagement de la responsabilité de l'arbitre, et « *l'ordre contractuel* », soit la nature de la responsabilité. Or, ces deux sujets doivent être distingués : il faut préciser la nature de la responsabilité avant, une fois cette dernière choisie, d'en appliquer les éléments de régime. Si la nature duale de l'arbitrage implique que la responsabilité de l'arbitre ne soit pas « *strictement d'ordre contractuel* », cela devrait signifier que la responsabilité n'est pas toujours de nature contractuelle.

Cependant, plutôt que de consacrer une double nature de la responsabilité, les juges ont préféré opérer une différenciation dans le fait générateur de responsabilité, selon que le manquement se rattache à la mission contractuelle de l'arbitre ou à sa fonction juridictionnelle. Ainsi, dans l'affaire *Bompard* comme dans les arrêts ultérieurement rendus en matière de responsabilité de l'arbitre à raison d'une faute juridictionnelle⁴⁴⁰, il a été souligné que les fautes relevant de l'exercice de la fonction juridictionnelle des arbitres ne peuvent engager leur responsabilité que si elles

⁴³⁸ Dans cette décision, le tribunal de grande instance de Paris a énoncé : « le régime de responsabilité de l'arbitre ne peut [...] être strictement d'ordre contractuel, en raison de la double nature de l'institution arbitrale, contractuelle par son fondement et juridictionnelle par sa fonction » (TGI Paris, 22 mai 2017, *Blowpack SARL c/ M. C. et autres*, n°14-14717).

⁴³⁹ CA Paris, 21 mai 2019, *Blowpack SARL c/ M. C. et autres*, n°17-12238.

⁴⁴⁰ V° notam. CA Paris, 21 mai 2019, *Blowpack SARL c/ M. C. et autres*, n°17-12238 ; Civ. 1^e, 15 janvier 2014, n°11-17.196, *Bull I*, n°1.

caractérisent une faute personnelle équipollente au dol ou constitutive d'une fraude, d'une faute lourde ou d'un déni de justice⁴⁴¹.

La jurisprudence n'est donc pas allée au bout de la logique qui l'a poussée à reconnaître que la responsabilité arbitrale ne peut pas être d'ordre strictement contractuel. Mais il reste qu'elle n'est pas hostile à l'idée qu'il existe plusieurs types de manquements (les uns contractuels, les autres juridictionnels), justifiant l'application de règles différentes.

125. L'ensemble de ces éléments doit conduire, nous semble-t-il, à militer en faveur de la reconnaissance d'une responsabilité duale de l'arbitre. En présence d'un manquement qui relève de la fonction juridictionnelle de l'arbitre, et non pas de sa mission contractuelle, la responsabilité engagée ne devrait pas être contractuelle. Par élimination, à défaut de contrat et de régime spécial applicable, c'est vers une responsabilité de nature délictuelle qu'il conviendrait de se tourner. En effet, si la responsabilité de l'arbitre repose sur le droit commun de la responsabilité (à défaut de régime spécial) et qu'elle n'est pas contractuelle, la responsabilité délictuelle s'impose naturellement, par application du principe même de la *summa divisio* : la catégorie délictuelle a vocation à accueillir, par défaut, tout ce qui ne relève pas de la catégorie contractuelle.

Cette approche pourrait, certes, se voir opposer l'argument de la mise en œuvre : comment déterminer quels manquements se rattachent à l'aspect contractuel de l'arbitrage et quels manquements se rattachent à son aspect juridictionnel ? Cette difficulté ne nous paraît pas insurmontable.

2. Le dépassement des difficultés de mise en œuvre

⁴⁴¹ L'arrêt Bompard exige une « faute personnelle, c'est-à-dire [un] manquement incompatible avec la fonction juridictionnelle » (CA Paris, 22 mai 1991, n°90-18079). L'arrêt « Blowpack » retient que « les critiques tendant à remettre directement en cause le contenu des sentences rendues et partant l'exercice de la fonction juridictionnelle des arbitres ne peuvent engager la responsabilité de l'arbitre à moins qu'elles ne caractérisent une faute personnelle équipollente au dol ou constitutive d'une fraude, d'une faute lourde ou d'un déni de justice » (CA Paris, 21 mai 2019, *Blowpack SARL c/ M. C. et autres*, n°17-12238). L'arrêt « Azran », quant à lui, approuve une cour d'appel pour avoir écarté la responsabilité des arbitres « en l'absence de preuve de faits propres à caractériser une faute personnelle équipollente au dol ou constitutive d'une fraude, d'une faute lourde ou d'un déni de justice », dans un contexte où « l'exercice de la fonction juridictionnelle des arbitres » était en jeu (Civ. 1^e, 15 janvier 2014, n°11-17.196, *Bull I*, n°1).

126. Opter en faveur d'une responsabilité duale de l'arbitre implique de déterminer dans quelles hypothèses doivent être respectivement engagées les responsabilités contractuelle et délictuelle de l'arbitre. Cela suppose d'identifier les manquements qui se rattachent au contrat d'arbitre et ceux qui relèvent du statut de l'arbitre, pris en sa qualité de juge. Autrement formulé, la mise en œuvre de cette dualité de responsabilité implique de classer les obligations de l'arbitre pour distinguer celles qui doivent être qualifiées de contractuelles de celles qui doivent être qualifiées de juridictionnelles. À cette condition seulement, pourra être appliqué le principe suivant lequel le manquement à une obligation contractuelle justifie l'engagement de la responsabilité contractuelle de l'arbitre, tandis que le manquement à une obligation juridictionnelle entraîne l'engagement de sa responsabilité délictuelle.

Dans cette perspective, plusieurs critères peuvent être envisagés et ont été proposés par une partie de la doctrine. Certains d'entre eux ne nous semblent pas pouvoir être efficacement retenus (a) ; l'un d'entre eux, en revanche, nous paraît plus opportun (b).

a. Les critères de classification écartés

127. La doctrine offre deux pistes de réflexion pour faire le départ entre les manquements qui se rattachent à la mission contractuelle de l'arbitre et ceux qui relèvent de sa fonction juridictionnelle.

128. Un premier critère est tiré de la **source des obligations**. En effet, les auteurs qui se prononcent en faveur d'une approche duale de la responsabilité de l'arbitre, de même, d'ailleurs, que ceux qui contestent le caractère contractuel de cette responsabilité, raisonnent, pour beaucoup, à partir de la source qui fait naître l'obligation. Ainsi, Madame Jandard fonde sa critique de l'approche contractuelle sur l'idée que « *l'ensemble des obligations de l'arbitre sont des devoirs qui **préexistent au supposé contrat d'arbitre** avant d'être relayées par celui-ci* », de sorte que « *ces devoirs n'entrent pas par nature dans le champ contractuel, qu'ils aient trait au comportement de l'arbitre, c'est-à-dire à sa bonne conduite⁴⁴² ou à sa manière de conduire la procédure.* »⁴⁴³ Retenant un argument similaire, Monsieur Henry énonce que « *les devoirs*

⁴⁴² Madame Jandard rattache aux obligations liées à la bonne conduite les obligations d'indépendance, d'impartialité, de révélation et de loyauté (L. JANDARD, *op. cit.*, n°358-362, p.374-378).

⁴⁴³ L. JANDARD, *op. cit.*, n°357, p.374.

d'indépendance, d'impartialité, de loyauté préexistent au contrat d'arbitre, sont inhérents à la fonction d'arbitre », pour en déduire qu'ils devraient être sanctionnés par la responsabilité délictuelle de l'arbitre⁴⁴⁴. Dans le même ordre d'idées, Madame Juen retient que « *l'essentiel des obligations de l'arbitre, ses devoirs éthiques en particulier, sont en réalité inhérents à sa mission de juger. Ceux-ci ne trouvent pas leur source dans le contrat mais en dehors du contrat et lui préexistent.* »⁴⁴⁵.

Ce critère de la source de l'obligation présente toutefois une limite importante : une même obligation peut à la fois être prévue dans la loi et dans le contrat. Ainsi, nombreuses sont les institutions qui imposent conventionnellement à l'arbitre de respecter une obligation qui est déjà prévue dans le Code de procédure civile. En ce sens, on peut par exemple relever le règlement de la Chambre de commerce internationale qui impose à l'arbitre d'entendre les parties contradictoirement⁴⁴⁶ ; le règlement du Centre de médiation et d'arbitrage de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris (CMAP) qui, en son article 13.3, impose aux arbitres de statuer avec célérité et loyauté⁴⁴⁷ ; le règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage qui impose à l'arbitre pressenti de révéler « *par écrit au Secrétaire Général toutes les circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance* »⁴⁴⁸ ; le règlement du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) qui impose en son article 14 à l'arbitre d'être indépendant⁴⁴⁹ ; l'article 42 du règlement d'arbitrage du Centre de Conciliation, de médiation et d'arbitrage de la Chambre Algérienne de Commerce et d'Industrie qui impose, notamment, à l'arbitre d'être impartial⁴⁵⁰. Or toutes ces obligations sont par ailleurs imposées par le Code de procédure civile. Par conséquent, chacune des

⁴⁴⁴ M. HENRY, « Éthique et arbitrage ou la solitude du coureur de fond », *op. cit.*, n°53, p.737.

⁴⁴⁵ E. JUEN, « Nouveau regard sur la dualité du régime de la responsabilité de l'arbitre », *op. cit.*, p.669.

⁴⁴⁶ Article 25, 2, du règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale.

⁴⁴⁷ C'est aussi d'ailleurs le cas du règlement de la de la Chambre de commerce internationale qui énonce en son article 22.1 : « le tribunal arbitral et les parties font tous leurs efforts pour conduire la procédure d'arbitrage avec célérité et efficacité en termes de coût, eu égard à la complexité et à l'enjeu du litige ».

⁴⁴⁸ Article 4.1, alinéa 1^{er}, du règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage.

⁴⁴⁹ Article 14 (1) du règlement CIRDI : « Les personnes désignées pour figurer sur les listes doivent jouir d'une haute considération morale, être d'une compétence reconnue en matière juridique, commerciale, industrielle ou financière et offrir toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions. La compétence en matière juridique des personnes désignées pour la liste d'arbitres est particulièrement importante ».

⁴⁵⁰ Article 42, alinéa 2, du règlement d'arbitrage du Centre de Conciliation, de médiation et d'arbitrage de la Chambre Algérienne de Commerce et d'Industrie : « *dans tous les cas, le Tribunal conduit la procédure de manière équitable et impartiale et veille à ce que chaque partie ait eu la possibilité d'être suffisamment entendue, dans le respect du contradictoire* ».

obligations ici énoncées prend sa source à la fois dans la loi étatique et dans la loi des parties, chaque fois que les arbitrages sont placés sous l'égide d'une institution arbitrale⁴⁵¹. Par ailleurs, le même phénomène peut tout à fait se retrouver dans les arbitrages *ad hoc* : le contrat d'arbitre peut parfaitement rappeler des obligations que la loi impose à l'arbitre de respecter.

Certes, dans ce type d'hypothèses, les auteurs qui s'en remettent au critère de la source estiment que le fait que les obligations soient citées par le contrat ne suffit pas à en effacer l'origine légale⁴⁵². On a d'ailleurs vu, au sujet de la responsabilité du notaire, qu'une obligation peut être mentionnée dans un contrat et néanmoins naître de la loi, et non du contrat lui-même⁴⁵³, ou inversement. Toutefois, cette possibilité même suscite des difficultés : comment déterminer si une obligation prend sa source dans la loi ou dans le contrat ? Si l'on peut admettre que la seule mention d'une obligation dans un contrat ne suffise pas à lui ôter sa source légale, la réciproque est vraie : le seul fait qu'une obligation soit imposée par la loi aux contractants ne suffit pas toujours à lui conférer une nature légale⁴⁵⁴. Ainsi, certains auteurs considèrent que l'obligation de confidentialité que l'article 1464, alinéa 4, du Code de procédure civile impose à l'arbitre

⁴⁵¹ On rappellera en effet que, dans les arbitrages institutionnels, les parties entretiennent avec l'institution arbitrale un rapport de nature contractuelle (en ce sens, v° P. FOUCHARD, « Les rapports entre l'arbitre et les parties et l'institution arbitrale », in *Écrits ; Droit de l'arbitrage. Droit du commerce international* (P. FOUCHARD), Comité français de l'arbitrage, 2007, p.429) : on parle du contrat d'organisation de l'arbitrage. Ce contrat s'incorpore alors à la convention d'arbitrage (en ce sens, v° C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°281, p. 274). Cette incorporation du règlement d'arbitrage à la convention d'arbitrage confère au règlement d'arbitrage une valeur conventionnelle qui n'est pas discutée.

⁴⁵² En ce sens, v° notam. E. JUEN, « Nouveau regard sur la dualité du régime de la responsabilité de l'arbitre », *op. cit.*, p. 669.

⁴⁵³ V° *supra*, n°112.

⁴⁵⁴ En ce sens, Monsieur Espagnon souligne que de nombreux contrats nommés sont réglementés par le législateur conduisant ainsi à ce que certaines obligations s'imposent au contractant par une norme de source légale et non conventionnelle. Développant cette idée, il énonce : « Dès lors, lorsque des contractants concluent de tels contrats, ils se soumettent non seulement aux obligations qu'ils ont expressément stipulées, mais encore à celles édictées par le législateur qui sont de plein droit rattachées au contrat. Ces obligations interviennent tantôt à titre impératif, auquel cas elles se substituent aux obligations contrares que les parties ont pu prévoir (M. Armand-Prévost et D. Richard, *Le contrat déstabilisé : de l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel* : JCP G, 1979, I, 2952), tantôt à titre supplétif. Ces obligations nées de la volonté du législateur n'existent néanmoins que parce qu'un contrat a été conclu ; c'est pourquoi elles s'intègrent à celui-ci comme si elles émanaient de la volonté des contractants. La doctrine est désormais unanime pour, malgré leur origine légale, leur conférer une nature contractuelle et par conséquent reconnaître que la responsabilité qui naît d'un manquement à une telle obligation est elle-même contractuelle, car rattachée à un contrat » (M. ESPAGNON, *op. cit.*, n°62). Ainsi, le vendeur qui ne respecte pas son obligation de délivrance laquelle lui est imposée par l'article 1604 du Code civil, et qui viole donc une obligation de source extracontractuelle, engage néanmoins sa responsabilité contractuelle (v° notam. Civ. 3^e, 17 juillet 1997, n°95-19.166 ; Civ. 3^e, 17 juillet 1996, n°94-17.810) de la même manière, le donneur à bail qui viole l'obligation de délivrance qui lui est faite par l'article 1719 du Code civil, et qui donc, comme le vendeur, viole une obligation extracontractuelle, engage également sa responsabilité contractuelle, en ce sens, v° notam. Civ. 3^e, 14 mai 1997, n°95-14.517, *Bull III*, n°105.

interne est une obligation contractuelle, alors même qu'elle repose sur la loi, *lato sensu*. En ce sens, Messieurs Seraglini et Orstscheidt soulignent qu' « *il est traditionnellement admis que certaines obligations découlent naturellement du contrat d'arbitre* » et rangent, à ce titre, l'obligation de respecter la confidentialité de l'arbitrage⁴⁵⁵.

Ainsi, l'utilisation du critère de la source de l'obligation semble considérablement mise en difficulté, du fait que de nombreuses obligations peuvent être inscrite à la fois dans la loi et dans le contrat. Or, il serait excessif de considérer qu'une obligation est juridictionnelle à chaque fois qu'elle est imposée par la loi, puisque la loi a une égale vocation à régir le statut juridictionnel de l'arbitre et le contenu obligationnel du contrat d'arbitrage. Ce critère de la source de l'obligation paraît donc trop incertain dans sa mise en œuvre pour être opérant.

129. Un autre critère a été avancé par une partie de la doctrine : il s'appuie sur « **l'objet du grief** » adressé à l'arbitre. La proposition s'appuie spécifiquement sur un arrêt, dit *Azran*, rendu par la Cour de cassation le 15 janvier 2014⁴⁵⁶. À notre connaissance, il est le seul arrêt rendu par la Cour de cassation⁴⁵⁷ qui ait abordé la question du rattachement du manquement de l'arbitre à sa fonction juridictionnelle ou à sa mission contractuelle. Dans cette décision, où il était reproché à des arbitres d'avoir statué en méconnaissant l'autorité de la chose jugée attachée à des décisions étatiques, la Cour de cassation a estimé que « *la critique fondée sur la prétendue méconnaissance de l'autorité de la chose jugée (...), tendant à remettre directement en cause le contenu des sentences rendues, et partant l'exercice de la fonction juridictionnelle des arbitres, c'est à bon droit que la cour d'appel (...) a écarté leur responsabilité en l'absence de preuve de faits propres à caractériser une faute personnelle équipollente au dol ou constitutive d'une fraude, d'une faute lourde ou d'un déni de justice* ».

Commentant cette décision, Monsieur Stoffel Munck a considéré que la Cour de cassation avait posé un critère qui permet de rattacher le manquement à la fonction idoine : s'il « *remet directement en cause un motif ou une conclusion de la sentence, le grief*

⁴⁵⁵ C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°789, p.718 ; v° aussi, en ce sens, T. CLAY, *L'arbitre, op. cit.*, n°771, p.595.

⁴⁵⁶ Civ. 1^e, 15 janvier 2014, n°11-17.196, *Bull I*, n°1.

⁴⁵⁷ La formule retenue par la Cour de cassation dans l'arrêt *Azran* se retrouve néanmoins dans certaines décisions des juges du fond : v° CA Paris, 22 mai 1991, n°90-18079 ; CA Paris, 21 mai 2019, *Blowpack SARL c/ M. C. et autres*, n°17-12238.

se rattache à l'exercice de la fonction juridictionnelle »⁴⁵⁸. On croit pouvoir retenir de cette formule, qui ne vise explicitement aucun manquement de l'arbitre, deux interprétations. La première voudrait que soit juridictionnel le manquement sur lequel repose une contestation du contenu de la sentence arbitrale. Autrement dit, chaque fois qu'une partie contesterait le contenu de la sentence rendue, le manquement reproché à l'arbitre serait juridictionnel. *A contrario*, lorsque le manquement n'a eu aucun impact apparent sur le contenu de la sentence arbitrale, il serait de nature contractuelle. La seconde interprétation conduirait à considérer que le manquement serait juridictionnel dès lors que les parties auraient adressé leur grief à la sentence et non à l'arbitre. Autrement dit, chaque fois que les parties formuleraient un grief à l'encontre de la sentence, soit qu'elle présenterait indument tel motif ou tel dispositif, soit, au contraire, qu'elle ne les mentionnerait pas, le manquement serait juridictionnel. A l'inverse, si le grief que formulent les parties est sans lien avec la sentence ne visant que le comportement de l'arbitre, le manquement serait alors contractuel. « L'objet du grief » est un critère qui permet de rattacher le manquement à la fonction juridictionnelle de l'arbitre soit que le grief sur lequel les parties assoient leur contestation vise le contenu de la sentence soit lorsque la sentence est la destinataire du grief formulé par les parties.

Ce critère, entendu sous ces deux acceptions, à supposer qu'elles soient formulées conformément à la pensée de l'auteur, ne nous semble pas plus adapté que celui tiré de la source de l'obligation. Il présente l'inconvénient majeur de faire varier la nature du manquement en fonction, soit du contenu de la sentence arbitrale, soit du destinataire du grief formulé par les parties. Quel que soit l'acception retenue, ce critère revient à assigner à la fonction juridictionnelle un périmètre variable, dépendant de la sentence rendue ou du grief formulé. Pour que le manquement soit juridictionnel, il faudrait qu'il se soit traduit, dans la sentence arbitrale, par des motifs ou un dispositif que les parties contestent ou que le grief des parties soit adressé à la sentence. Ainsi, s'agissant par exemple d'une méconnaissance du principe du contradictoire, la responsabilité de l'arbitre devrait être engagée sur le terrain délictuel lorsque le non-respect du contradictoire apparaît dans le contenu de la sentence⁴⁵⁹ ; à l'inverse, c'est sa

⁴⁵⁸ P. STOFFEL-MUNCK, « La responsabilité de l'arbitre », *op. cit.*, n°16, p. 1129 ; dans le même sens, v° I. FADLALLAH, D. HASCHER, *Les grandes décisions du droit de l'arbitrage commercial*, Dalloz, coll. Grands arrêts, 2019, 24-25, p. 175 et s., spé. n°21, p. 187.

⁴⁵⁹ La révélation de la violation du contradictoire pourrait se faire par des éléments qui ne sont pas clairement identifiables à la seule lecture de la sentence mais qui ressortent d'éléments extérieurs, comme des échanges entre l'arbitre juge et les parties. Ainsi, dans une telle situation, il pourrait être

responsabilité contractuelle qui devrait être mise en œuvre lorsque le contenu de la sentence ne permet pas de démontrer que l'arbitre a méconnu le principe du contradictoire. Si on retient le critère tenant au destinataire du grief, la méconnaissance du principe du contradictoire engagera la responsabilité délictuelle de l'arbitre lorsque les parties auront visé la sentence dans leur grief tandis que c'est la responsabilité contractuelle de l'arbitre qui sera recherchée lorsque le grief ne visera pas la sentence mais le comportement de l'arbitre. Une même obligation pourrait ainsi être rattachée tantôt à la mission contractuelle de l'arbitre, tantôt à sa fonction juridictionnelle, selon la façon dont la sentence est rédigée ou selon à qui est adressée la critique. La nature de la responsabilité de l'arbitre ne dépendrait donc pas d'un critère objectif applicable en toute situation, mais d'un critère circonstancié et subordonné au contenu des sentences arbitrales ou à la rédaction des griefs par les parties. Cela serait évidemment regrettable, tant dans une optique de construction rationnelle de la responsabilité arbitrale que dans la perspective d'une prévisibilité des solutions.

Une approche restrictive de cette proposition doctrinale pourrait conduire, si on retenait l'interprétation tenant au contenu de la sentence, à un effet pervers sur la motivation des sentences : plus la sentence serait détaillée dans son contenu, plus les griefs adressés à l'arbitre seraient susceptibles de se rattacher à la fonction juridictionnelle, plus la responsabilité de l'arbitre serait difficile à engager. Ainsi, il suffirait à un arbitre, pour se prémunir de l'engagement de sa responsabilité et invoquer l'immunité juridictionnelle, d'insérer dans sa sentence toute une série de considérations qui auraient pu être de nature à engager sa responsabilité contractuelle. Par exemple, il suffira à l'arbitre d'énoncer dans sa sentence que la confidentialité de l'arbitrage a été respectée pour obliger les parties à remettre en cause le contenu de la sentence, donc à engager sa responsabilité juridictionnelle, en cas de manquement à l'obligation de confidentialité⁴⁶⁰. L'arbitre pourrait donc influencer sur la nature de sa propre responsabilité en adaptant le contenu de sa sentence.

expressément mentionné dans la sentence que l'arbitre s'est fondé sur telle pièce sans que l'absence de débat contradictoire ne ressorte de la sentence. La violation du contradictoire ne ressortirait alors que des échanges entretenus entre les parties et les arbitres lesquelles permettraient de démontrer que la pièce qui fonde la décision des arbitres n'a été produite, par une partie, que quelques jours avant l'audience sans avoir pu être discutée par l'autre partie. Autrement dit la preuve du grief fait à la sentence pourrait tout à fait reposer sur des éléments extrinsèques à la sentence. Il n'en demeure pas moins que le grief serait dirigé contre la sentence laquelle reposerait sur une violation du contradictoire.

⁴⁶⁰ L'obligation de confidentialité fait pourtant partie de celles qui sont naturellement rattachées à la mission contractuelle de l'arbitre (en ce sens, v° C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°789, p. 718). Sur

Cette même influence sur le rattachement d'un manquement pourrait être constatée en retenant l'acception du destinataire du grief. En effet, pour faciliter l'engagement de la responsabilité de l'arbitre, et passer outre l'immunité de la responsabilité juridictionnelle, il suffirait aux parties de ne jamais adresser leurs critiques à la sentence mais au comportement de l'arbitre. Ainsi, il suffira aux parties de reprocher à l'arbitre d'avoir accepté la production de telle ou telle pièce sans avoir laissé le temps d'en discuter ou de ne pas l'avoir acceptée alors qu'il y avait encore le temps d'en discuter ou encore d'avoir statué sur tel ou tel point sans avoir préalablement invité les parties à se prononcer dessus pour rattacher l'obligation de respecter le principe du contradictoire à la fonction contractuelle. Autrement dit, il suffirait aux parties de reprocher à l'arbitre sa « *manière critiquable de conduire le procès* »⁴⁶¹ et non « *l'exactitude [du] dispositif de la sentence et [des] motifs qui la soutiennent* »⁴⁶² pour conduire à rattacher le manquement à la fonction contractuelle ou juridictionnelle de l'arbitre. Les parties pourraient donc influencer sur la nature de la responsabilité de l'arbitre selon le destinataire de leur grief.

130. Outre ces difficultés théoriques, le critère tiré de « l'objet du grief » suscite également des difficultés de mise en œuvre pratique. L'affaire *Blowpack* en fournit un exemple⁴⁶³. Dans sa décision, la cour d'appel de Paris a cherché à appliquer le critère posé par la Cour de cassation dans l'arrêt *Azran*, dans une hypothèse dans laquelle était reprochée aux arbitres d'avoir violé le principe du contradictoire en statuant sur des documents qui n'avaient pas été traduits dans la langue de l'arbitrage. Elle a ainsi repris la formule suivant laquelle « *les critiques tendant à remettre directement en cause le contenu des sentences rendues et partant l'exercice de la fonction juridictionnelle des arbitres ne peuvent engager la responsabilité de l'arbitre à moins qu'elles ne caractérisent une faute personnelle équipollente au dol ou constitutive d'une fraude, d'une faute lourde ou d'un déni de justice* ». Poursuivant, elle a donc « *recherché si le manquement au principe du contradictoire tel que défini ci-dessus entre ou non dans l'exercice de la fonction juridictionnelle de l'arbitre* ».

la nature contractuelle de l'obligation de confidentialité de l'arbitre suivant le critère que l'on proposera de retenir, v° *infra*, n°131 et s.

⁴⁶¹ P. STOFFEL-MUNCK, « La responsabilité de l'arbitre », *op. cit.*, n°16, p.1129.

⁴⁶² *Ibid.*

⁴⁶³ CA Paris, 21 mai 2019, *Blowpack SARL c/ M. C. et autres*, n°17-12238.

Pour appliquer le critère posé, elle aurait dû rechercher soit le destinataire du grief formulé par les parties soit si le grief formulé par les demandeurs à l'action en responsabilité remettait en cause le contenu de la sentence. Ce faisant, elle aurait retenu le critère de Monsieur Stoffel Munck dans son acception « destinataire du grief », pour le premier cas ou « contenu de la sentence », dans le second cas. Or, ce n'est pas réellement le raisonnement qu'elle a mené. Elle a retenu que *« l'erreur commise par les arbitres remet en cause le contenu de leur décision dans la mesure où celle-ci est appuyée exclusivement sur une expertise accompagnée de pièces auxquelles la société tunisienne n'a pas eu un accès total en raison d'une traduction partielle effectuée selon des critères déterminés exclusivement par les arbitres »*. Ce faisant, elle ne s'est pas concentrée sur le destinataire du grief rejetant l'acception « destinataire du grief ». Cependant, formellement, elle a affirmé que le contenu de la sentence était remis en cause, donnant l'impression de retenir l'acception « contenu de la sentence » du critère « objet du grief ». Toutefois, sa motivation démontre qu'en réalité, c'est le processus d'élaboration de la sentence qui est en cause, et non pas son contenu. Cela ressort clairement de la précision suivant laquelle *« cette erreur qui porte sur la mise en œuvre **d'un principe de procédure civile essentiel gouvernant l'élaboration de la décision juridictionnelle** et qui concerne en l'espèce les conditions d'admissibilité des pièces sur laquelle celle-ci est fondée, doit être considérée comme commise dans l'exercice des fonctions juridictionnelles du tribunal arbitral et ne peut donc être source de responsabilité que si elle est constitutive d'une faute telle que qualifiée ci-dessus »*.

Ce faisant, la cour d'appel a rattaché le principe de la contradiction à la fonction juridictionnelle de l'arbitre, non pas parce que les parties remettaient en cause le contenu de la sentence, ni parce que leur grief visait la sentence, mais parce qu'elles invoquaient un principe qui gouverne *« l'élaboration de la décision juridictionnelle »*. Il en ressort que sont juridictionnelles non seulement les obligations dont la méconnaissance aboutit à contester le contenu de la sentence, mais aussi celles qui sont liées à la manière dont les arbitres conduisent l'instance (en l'occurrence, l'obligation de conduire l'instance dans le respect du contradictoire). Or, le critère de l'arrêt *Azran* ne permet pas d'aboutir à cette qualification. Dans son commentaire de cette décision, Monsieur Stoffel-Munck avait très clairement, et ce peu importe l'acception retenue de son critère, exclu du champ de la fonction juridictionnelle *« la manière critiquable de conduire le*

procès ou de se conduire pendant son déroulement »⁴⁶⁴. Il semble donc que, dans l'arrêt *Blowpack*, la cour d'appel ait élargi le critère qu'elle prétendait appliquer, issu de l'arrêt *Azran*, pour rattacher à la fonction juridictionnelle un manquement qui n'aurait pas dû y être rattaché, si le critère avait été appliqué strictement.

Autrement dit, le seul critère de l' « objet du grief » ne permet pas d'intégrer dans la fonction juridictionnelle une obligation qui, manifestement, s'y rattache : celle de respecter le principe du contradictoire⁴⁶⁵.

Toutes ces considérations invitent à écarter les critères tirés de la source des obligations de l'arbitre et de l'objet du grief, pour en retenir un autre.

b. Le critère de classification retenu

131. Un critère plus simple et, peut-être, plus efficace que ceux mentionnés précédemment pourrait tenir à la **comparaison entre l'arbitre et le juge**. En effet, puisque l'arbitre est à la fois un contractant et un juge, et qu'il assume des obligations en ces deux qualités, la logique conduit naturellement à identifier les obligations juridictionnelles de l'arbitre par comparaison avec le juge. Si le juge et l'arbitre sont tenus d'une même obligation, c'est que cette obligation se rattache à la fonction juridictionnelle de l'arbitre. Si, à l'inverse, une obligation ne pèse que sur l'arbitre et non sur le juge, c'est qu'elle se rattache à la mission contractuelle de l'arbitre.

Ce raisonnement, qui transparaît dans certaines lois étrangères⁴⁶⁶, a d'ailleurs été retenu par le tribunal de grande instance de Paris, statuant en première instance dans l'affaire *Blowpack*⁴⁶⁷. Après avoir rappelé la dualité de la matière, le tribunal a énoncé que « *s'agissant de ses fonctions juridictionnelles, l'arbitre a les devoirs d'un juge, susceptibles de trouver leur sanction dans l'engagement de sa responsabilité civile en cas de faute personnelle, c'est-à-dire de manquement incompatible avec la fonction juridictionnelle [...]* ». Il a donc bien procédé par une comparaison entre les obligations de l'arbitre et celles du juge pour en déduire que le manquement reproché, en

⁴⁶⁴ P. STOFFEL-MUNCK, « La responsabilité de l'arbitre », *op. cit.*, n°16, p.1129.

⁴⁶⁵ Pour un rattachement de cette obligation à la fonction juridictionnelle suivant le critère que l'on proposera de retenir, v° *infra*, n°145.

⁴⁶⁶ La loi brésilienne du 23 septembre 1996 sur l'arbitrage opère par assimilation puisqu'elle prévoit que les arbitres ont les mêmes obligations que les juges.

⁴⁶⁷ TGI Paris, 22 mai 2017, n°14-14717, *Rev. arb.*, 2017, p.977, note J.-Y. GARAUD et G. DE RANCOURT.

l'occurrence le non-respect du contradictoire, se rattachait aux fonctions juridictionnelles de l'arbitre.

132. Une partie de la doctrine a pu également raisonner en ce sens, de manière ponctuelle. Messieurs Seraglini et Ortscheidt, notamment⁴⁶⁸, se penchant sur les qualités attachées à la fonction juridictionnelle de l'arbitre, énoncent que « *l'arbitre remplit une mission juridictionnelle et doit, dès lors, réunir certaines qualités, communément exigées d'un juge* ». Ils ajoutent « *c'est parce qu'il est un juge que l'arbitre doit être indépendant et impartial* »⁴⁶⁹. Il ne fait donc aucun doute que, pour ces auteurs, l'arbitre est assujéti à certaines obligations parce qu'il est assimilé à un juge. C'est par le truchement de cette assimilation au juge que les auteurs aboutissent à rattacher l'obligation d'être indépendant et impartial à la fonction juridictionnelle de l'arbitre.

Retenant la même logique, Monsieur Clay a également eu recours à une comparaison avec le juge pour classer certaines obligations de l'arbitre. Étudiant par exemple l'obligation de confidentialité qui pèse sur l'arbitre, il l'a rattachée à la « *source contractuelle* », tout en en précisant que « *le juge étatique est lui aussi soumis à une obligation de secret* »⁴⁷⁰. Il a toutefois précisé que l'obligation de secret du juge est différente de celle de l'arbitre, pour conclure que le juge n'est pas tenu d'une obligation de confidentialité identique à celle qui pèse sur l'arbitre. Cela lui a permis d'aboutir à qualifier de contractuelle cette obligation de confidentialité de l'arbitre : la comparaison avec le juge n'ayant pas abouti à une identité des obligations, il a considéré que l'obligation était contractuelle.

133. La simplicité et la cohérence d'une telle logique comparative nous paraît propre à justifier le choix de la comparaison entre l'arbitre et le juge comme critère de classification des obligations de l'arbitre. Il est possible de distinguer les obligations juridictionnelles et les obligations contractuelles de l'arbitre en comparant systématiquement les obligations de l'arbitre et celles du juge. Suivant ce critère, les obligations que l'arbitre partage avec le juge sont de nature juridictionnelle, tandis que les autres sont de nature contractuelle. Les obligations contractuelles formeraient donc

⁴⁶⁸ Pour une méthode semblable, v° P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *op. cit.*, n°1020, p. 580 ; J. BEGUIN, M. MENJUCQ (dir.), *Droit du commerce international*, LexisNexis, Litec, coll. Traités, 3^e édition, 2019, spé. n°2589, p. 972.

⁴⁶⁹ C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°729, p. 657.

⁴⁷⁰ T. CLAY, *L'arbitre*, *op. cit.*, n°771, p. 595.

une catégorie résiduelle, applicable par défaut aux obligations que l'arbitre seul assume, à l'exclusion du juge. Ce critère, s'il s'avère opérant, pourrait permettre de résoudre les difficultés de mise en œuvre de l'approche duale de la responsabilité de l'arbitre et lever ainsi tout doute sur l'opportunité de cette approche. Reste alors, pour vérifier cette hypothèse, à mettre à l'épreuve ce critère de la comparaison.

CONCLUSION DU CHAPITRE

134. En droit positif, la jurisprudence, approuvée par une doctrine majoritaire, se place généralement sur le terrain de la responsabilité contractuelle de l'arbitre. Cette position repose sur un principe bien connu du droit commun de la responsabilité civile : le principe du non-cumul, ou de non-option, entre les responsabilités contractuelle et délictuelle.

Toutefois, le choix de la responsabilité contractuelle n'est justifié que lorsque le fait générateur de responsabilité constitue un manquement à une obligation contractuelle de l'arbitre. En effet, le principe du non-cumul n'impose le recours à la responsabilité contractuelle que lorsque le dommage a été causé dans le cadre de l'exécution du contrat d'arbitre. En revanche, ce principe ne suffit pas à expliquer que tous les manquements de l'arbitre conduisent à l'engagement d'une responsabilité contractuelle. En effet, d'une part, le principe de non-cumul n'empêche pas l'engagement d'une responsabilité délictuelle, outre la responsabilité contractuelle, lorsqu'un même comportement est susceptible de caractériser à la fois un manquement contractuel et la violation d'une obligation extracontractuelle. D'autre part, et surtout, certaines des obligations assumées par l'arbitre ne se rattachent pas tant au contrat d'arbitre qu'au statut de l'arbitre-juge. Les manquements que l'arbitre peut être amené à commettre ne sont donc pas tous contractuels ; certains d'entre eux doivent être analysés en une violation des obligations juridictionnelles qui pèsent sur l'arbitre. Ce type de violation doit engager une responsabilité de nature délictuelle.

En conséquence, de même que les approches monistes de l'institution arbitrale ont été rejetées parce qu'elles occultaient l'une des dimensions de l'arbitrage, de même les approches unitaires de la responsabilité de l'arbitre doivent être écartées, en ce qu'elles dénaturent la dualité de l'institution. L'arbitre n'est pas seulement un

contractant ; il est aussi un juge. Il doit donc être responsable sur le terrain contractuel en tant que contractant et sur le terrain délictuel en tant que juge.

La mise en œuvre de cette dualité de responsabilités suppose d'identifier un critère de classification permettant de rattacher les manquements de l'arbitre à l'aspect contractuel ou à l'aspect délictuel de l'arbitrage. En effet, qui dit double responsabilité dit nécessité de délimiter les champs d'application respectifs de chacune des responsabilités. Pour ce faire, la doctrine qui prône une approche dualiste de la responsabilité de l'arbitre propose de raisonner à partir du critère de la source des obligations de l'arbitre : selon que l'obligation méconnue prend sa source dans le contrat ou dans le statut de l'arbitre, la responsabilité encourue devrait être contractuelle ou délictuelle. Il nous semble toutefois que ce critère présente des limites trop importantes pour être opérant car il peut être délicat de déterminer lequel, du contrat ou de la loi, donne naissance à telle ou telle obligation de l'arbitre, lorsque l'obligation est mentionnée dans l'un et l'autre.

C'est la raison pour laquelle nous proposerons de raisonner à partir d'un autre critère, tiré de la comparaison entre les obligations de l'arbitre et les obligations du juge. Ainsi, les obligations que le juge et l'arbitre ont en partage seraient de nature juridictionnelle, tandis que les obligations assumées par le seul arbitre seraient de nature contractuelle. Ce critère de délimitation des domaines respectifs des responsabilités de l'arbitre devra être vérifié dans un second titre.

CONCLUSION DU TITRE

135. Les approches monistes de l'institution arbitrale ont été remplacées, au fil du temps, par une approche dualiste. Il est désormais acquis que l'arbitrage est une institution hybride qui a pour spécificité de réunir une composante contractuelle et une composante juridictionnelle.

Cette double nature de l'arbitrage doit nécessairement rejaillir sur la responsabilité de l'arbitre. La position du droit positif qui semble conduire à retenir qu'une approche contractuelle de la responsabilité de l'arbitrage nous semble donc devoir être dépassée. Le principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle, qui justifie la nature contractuelle de la responsabilité de l'arbitre, n'est que partiellement pertinent : il ne peut pas être invoqué pour aboutir à une responsabilité systématiquement contractuelle.

Dès lors, tant les arguments de technique juridique que les arguments tirés de la philosophie de l'arbitrage imposent de reconnaître une double nature de la responsabilité de l'arbitre, conséquence de la double nature de l'arbitrage. Ainsi, il apparaît que les manquements contractuels de l'arbitre doivent être sanctionnés par une responsabilité contractuelle, tandis que les manquements juridictionnels doivent être sanctionnés par une responsabilité délictuelle.

Cette proposition ne pourra toutefois convaincre que si elle s'accompagne d'un critère de classification efficace pour délimiter les domaines respectifs de chacune des responsabilités de l'arbitre. Tout l'objet des développements qui suivent consistera donc à éprouver le critère proposé, fondé sur une comparaison entre les obligations du juge et celles de l'arbitre.

Titre 2 : LE DOMAINE DE LA RESPONSABILITE DE L'ARBITRE

136. Les éléments qui précèdent ont permis de mettre en lumière la nécessité de reconnaître la dualité des responsabilités que l'arbitre est susceptible d'engager. Ainsi, si l'arbitre doit être responsable sur le terrain contractuel en sa qualité de contractant, il doit l'être sur le terrain délictuel en sa qualité de juge.

Pour identifier les champs d'application respectifs de ces deux responsabilités de l'arbitre, il est nécessaire de procéder à un rattachement de ses obligations : pour les unes, à l'aspect contractuel de l'arbitrage ; pour les autres, à son aspect juridictionnel. En effet, si la nature de l'institution arbitrale est duale, et si l'on admet en conséquence la dualité des responsabilités de l'arbitre, c'est qu'il existe également une dualité d'obligations : certaines des obligations pesant sur l'arbitre sont contractuelles ; d'autres sont juridictionnelles.

La délimitation des domaines respectifs des responsabilités de l'arbitre passe donc par la classification de ses obligations, laquelle suppose la mise en place d'un critère de répartition efficace. Dans le cadre du présent titre, nous éprouverons le critère proposé à l'issue des développements précédents : un critère tiré de la comparaison entre l'arbitre et le juge. Peut-on classer les obligations de l'arbitre en les comparant à celles d'un juge ? Peut-on envisager de qualifier de juridictionnelles les obligations que le juge et l'arbitre ont en commun et, par défaut, de qualifier de contractuelles les obligations qui pèsent sur le seul arbitre, à l'exclusion du juge ?

La mise à l'épreuve de ce critère démontrera qu'il s'avère mobilisable pour un certain nombre d'obligations, mais qu'il rencontre certains obstacles pour d'autres. Ces difficultés ne sont toutefois pas insurmontables et n'entravent pas le caractère opérant du critère de la comparaison.

Nous tâcherons de le démontrer en exposant, dans un premier temps, les cas dans lesquels le critère proposé fonctionne naturellement, avant d'envisager, dans un second temps, les difficultés qu'il pose et la façon dont elles peuvent être résolues. La

vérification du critère de la comparaison (chapitre 1) précèdera donc l'étude de ses difficultés d'application (chapitre 2).

Chapitre 1 : La vérification du critère de la comparaison

La vérification du critère de la comparaison avec le juge conduit à qualifier de juridictionnelles les obligations qui pèsent à la fois sur le juge et sur l'arbitre, et de contractuelles les obligations qui pèsent sur le seul arbitre. Les obligations juridictionnelles de l'arbitre seront ainsi identifiées par similarité avec le juge (section 1), tandis que les obligations contractuelles de l'arbitre seront déduites de la dissemblance avec celles du juge (section 2).

Section 1 : Les obligations juridictionnelles de l'arbitre, par similarité avec le juge

Le critère proposé conduit à qualifier de juridictionnelles les obligations de l'arbitre qui sont similaires à celles du juge⁴⁷¹. Le critère proposé conduit à qualifier de juridictionnelles les obligations de l'arbitre qui sont similaires à celles du juge, ce qu'il convient donc de vérifier. On verra que c'est le cas pour certaines obligations qui au-delà d'une dénomination commune (§1), ont un contenu identique (§2). Leur nature juridictionnelle ne fait alors aucun doute.

§1) Des obligations de dénomination identique

Le Code de procédure civile impose à l'arbitre des obligations au cours de l'instance arbitrale et lors de la confection de la sentence arbitrale. Certaines de ces obligations, qui apparaissent soit au stade de l'instance (A), soit au stade de la sentence (B), trouvent leur exact équivalent dans les obligations du juge. On pourra ainsi remarquer que l'arbitre et le juge sont tenus de respecter des obligations qui portent la même dénomination.

A) Les obligations liées à l'instance

⁴⁷¹ *A contrario*, l'absence de similarité n'implique pas nécessairement que l'obligation se rattache à la fonction contractuelle de l'arbitre, v° *infra*, n°236 et s.

L'arbitre est tenu de respecter certaines obligations qui s'imposent également au juge à travers les principes directeurs du procès⁴⁷². Tel est le cas du principe dispositif (1), du principe de la contradiction (2), du principe de loyauté (3) et du principe d'égalité (4).

1. Le respect du principe dispositif⁴⁷³

137. Le principe du dispositif est présenté par certains auteurs comme arborant une double dimension : il porterait d'une part sur l'objet du litige et, d'autre part, sur les faits du litige et leur preuve. D'autres auteurs ont réduit le principe du dispositif aux articles 4, 5 et 7 du Code de procédure civile, c'est-à-dire à la question de la maîtrise de l'objet du litige par les parties et à celle des faits. D'autres, encore, optent pour une présentation se limitant à la maîtrise par les parties de l'objet du litige, c'est-à-dire aux articles 4 et 5 du Code de procédure civile. Pour notre part, il nous apparaît que rien ne justifie de limiter le principe dispositif à certains de ses aspects, et notamment à celui de la maîtrise de l'objet du litige, même si ce dernier forme le noyau dur du principe.

⁴⁷² Il ne s'agira pas ici d'entrer dans le débat de la qualification des principes directeurs du procès. Il est vrai que, pour certains auteurs, ces principes directeurs ne se limitent pas à ceux qui sont mentionnés au Chapitre Ier du Titre Ier du Code de procédure civile mais sont répartis dans ce Code. En ce sens, Monsieur Bolard affirme que « *les règles énoncées au chapitre premier [du Code de procédure civile] ne sont évidemment pas les seules à exprimer les principes directeurs du procès* » (G. BOLARD, « Les principes directeurs du procès arbitral », *Rev. arb.*, 2004 p.511 et s., spé. n°4, p.516). De même, Monsieur Cadiet considère qu'à la question « *à quoi reconnaît-on un principe directeur du procès dans l'ensemble des règles de procédures qu'édictent les Codes ? Il est difficile de répondre clairement (...) : ni le critère de la localisation des principes dans le code, ni celui de leur structure n'offrent en effet de réponse assurée* ». Ce même auteur souligne d'ailleurs : « *un principe directeur du procès n'a pas besoin d'être désigné comme tel pour en avoir la qualité ; lorsqu'ils sont apparus en législation, en 1971, les principes directeurs du procès civil ne portaient pas encore ce nom qui ne leur a été attribué qu'au moment de la codification en 1975* » (L. CADIET, « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », in *Justice et Droit Fondamentaux, Études offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p.71 et s., spé. n°6, p.79 et n°8 p. 80). Pour les besoins de la présente étude, on entendra par « principes directeurs du procès » ceux qui se situent dans le Chapitre Ier du titre Ier du Code de procédure civile et auxquels l'article 1464 du Code de procédure civile, applicable en matière d'arbitrage interne, renvoie expressément. À ceux-là, on ajoutera le principe de loyauté qui a été dégagé par la jurisprudence sur le fondement de deux textes issus du chapitre Ier du Code de procédure civile (à savoir les articles 3 et 10 du Code de procédure civile : v° *infra*, n°149) ainsi que le principe d'égalité procédurale qui, s'il n'est pas expressément mentionné dans les textes du chapitre Ier du Code de procédure civile peut, d'après certains auteurs, s'en inférer (en ce sens, v° E. LOQUIN, *Encyclopédie JurisClasseur Procédure civile*, v° Fasc. 1036 : Arbitrage – Instance arbitrale – Procédure devant les arbitres, 2011, spé. n°67 ; pour un auteur intégrant le principe d'égalité dans les principes directeurs, v° P. GIRAUD, *Le devoir de l'arbitre de se conformer à sa mission*, Bruylant, 2017, spé n°96, p.85 ; L. JANDARD, *La relation entre l'arbitre et les parties : critique du contrat d'arbitre*, Thèse dactylographiée, Paris X, 2018, spé. n°118, p.150).

⁴⁷³ Notre prétention n'est pas de faire une étude exhaustive des principes directeurs mais de démontrer que ceux qui s'imposent à l'arbitre se rattachent à sa fonction juridictionnelle, ce qui permettra d'en tirer les conséquences quant au régime de la responsabilité à mettre en œuvre en cas de manquement.

C'est donc l'acceptation large du principe du dispositif qui sera envisagée pour démontrer que ce principe s'applique au juge (a) comme à l'arbitre (b).

a. L'obligation faite au juge de respecter le principe dispositif

138. Le cadre processuel dans lequel le juge doit exercer sa mission est prévu par des principes que le Code de procédure civile intitule « *principes directeurs du procès* » et qui forment le chapitre I du Code allant de son article 1^{er} à son article 24. Dès lors, en ce qu'il tranche le litige, le juge est, sans aucun doute possible, tenu de respecter ces principes processuels fondamentaux et notamment le principe dispositif, formulé aux articles 4 à 11 du Code de procédure civile.

Il en va de même de l'arbitre.

b. L'obligation faite à l'arbitre de respecter le principe dispositif

139. Le principe dispositif s'impose tant à l'arbitre interne qu'à l'arbitre international.

En matière d'arbitrage interne, c'est-à-dire dans les arbitrages qui ne mettent pas en cause les intérêts du commerce international⁴⁷⁴, l'article 1464 alinéa 2 du Code de procédure civile énonce que « *sont toujours applicables les principes directeurs du procès énoncés aux articles 4 à 10, au premier alinéa de l'article 11, aux deuxième et troisième alinéas de l'article 12 et aux articles 13 à 21, 23 et 23-1* »⁴⁷⁵. Cet article procède par renvoi formel⁴⁷⁶ à de nombreux principes directeurs du procès qui traduisent « *une*

⁴⁷⁴ Ce critère ressort *a contrario* de l'article 1504 du Code de procédure civile, dans sa rédaction issue du décret du 13 janvier 2001 portant réforme de l'arbitrage, qui définit l'arbitrage international comme celui qui met en cause les intérêts du commerce international.

⁴⁷⁵ Cet article reprend l'ancien article 1460, alinéa 2, du Code de procédure civile en ajoutant expressément un renvoi à l'article 12, alinéa 2 et 3, du Code de procédure. Cet ajout, qui a le mérite de la clarté, n'est pas pour autant une modification substantielle. En effet, ces alinéas trouvaient déjà à s'appliquer en substance (en ce sens, v° G. BOLARD, « Les principes directeurs du procès arbitral », *op. cit.*, n°13, p.524) car l'ancien article 1474 du même Code de procédure civile énonçait : « *L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit* » imposait à l'arbitre de qualifier ou de requalifier « *dès lors que les parties ne les avaient pas liés par un accord exprès sur la qualification du contrat litigieux* ».

⁴⁷⁶ L'article 1460 du Code de procédure civile, dans sa rédaction issue du décret 81-500 du 5 décembre 1981 instituant les dispositions des livres III et IV du nouveau Code de procédure civile et modifiant certaines dispositions de ce Code, prévoyait déjà ce renvoi aux principes directeurs. La solution n'était cependant pas nouvelle : « *sous l'empire du Code de 1807 et sans texte, la jurisprudence imposait déjà dans*

philosophie particulière de l'instance arbitrale »⁴⁷⁷ et aboutissent à un encadrement de la décision de l'arbitre⁴⁷⁸ en matière interne.

Quoi qu'il en soit, le renvoi opéré par le texte induit une application à l'arbitre du principe dispositif qui s'impose au juge. Par le truchement de l'article 1464 alinéa 2 du Code de procédure civile, c'est bien le même principe, fixé aux articles 4 à 11, alinéa 1^{er}, qui s'impose au juge et à l'arbitre. L'arbitre interne est donc soumis au respect du principe dispositif comme l'est le juge⁴⁷⁹.

140. En matière d'arbitrage international, c'est-à-dire lorsque l'arbitrage met en cause des intérêts du commerce international⁴⁸⁰, l'article 1464 alinéa 2 du Code de procédure civile ne trouve aucun équivalent. L'arbitrage international ne renvoie donc pas aux textes du chapitre Ier du Code de procédure civile. L'article 1506 du Code de procédure civile renvoie certes à l'article 1464 du Code de procédure civile, mais aucunement à son alinéa 2. Par conséquent, l'application du principe du dispositif ne s'impose pas, à la seule lecture des textes, à l'arbitre international⁴⁸¹. Néanmoins, la doctrine, mais aussi la jurisprudence, considèrent que l'arbitre international est soumis à l'obligation de respecter le principe dispositif. Simplement, cette soumission ne s'opère pas sur un fondement identique ou similaire à celui de l'arbitre interne.

141. S'agissant de la doctrine, c'est par le biais des griefs ouvrant droit à la nullité de la sentence ou faisant obstacle à la reconnaissance ou l'exécution de la sentence en France qu'elle propose de soumettre l'arbitre international au principe dispositif. Plus particulièrement, a pu être invoqué le défaut de respect, par l'arbitre, de sa mission, visé

l'arbitrage le principe du contradictoire, dont la violation ouvrait un appel-nullité contre la sentence malgré la renonciation des parties à toute voie de recours » (G. BOLARD, « Les principes directeurs du procès arbitral », *op. cit.*, n°6, p.518).

⁴⁷⁷ C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, coll. Domat Droit privé, 2^e édition, 2019, spé. n°375, p.372-373.

⁴⁷⁸ En ce sens, v° T. CLAY, *L'arbitre*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001, spé. n°194, p.157.

⁴⁷⁹ L'article 11, alinéa 2, du Code de procédure est un texte qui prévoit les mesures d'instruction que le juge peut prendre et s'éloigne donc de la question de l'enserrement de sa mission dans la limite des conclusions des parties. Par conséquent, son inapplication est sans influence dès lors qu'il s'agit pour nous d'évoquer uniquement les obligations et non les pouvoirs du juge et de l'arbitre.

⁴⁸⁰ Article 1504 du Code de procédure civile dans sa rédaction issue du décret n°2011-48 du 13 janvier 2001 portant réforme de l'arbitrage.

⁴⁸¹ Pour un constat identique, v° P. GIRAUD, *op. cit.*, n°63, p.59 ; C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°824, p.818 ; L. JANDARD, *op. cit.*, n°119, p.150.

par l'article 1520 du Code de procédure civile⁴⁸². Ce texte prévoit les griefs ouvrant au prononcé de la nullité de la sentence et vise notamment à ce titre le cas dans lequel le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée⁴⁸³. Or, l'obligation faite à l'arbitre de respecter sa mission lui impose notamment de respecter les termes du litige, tels qu'ils ont été définis par les parties. Autrement dit, elle lui impose de respecter le principe dispositif. En ce sens, Monsieur Giraud, s'intéressant aux griefs inclus dans le champ de la mission contrôlée⁴⁸⁴, énonce très explicitement : « *les arbitres ne peuvent dès lors pas imposer leur propre vision des contours du litige car "n'ayant d'autre pouvoir juridictionnel que celui conféré par les parties, [ils] ne sauraient l'étendre de leur propre chef. A ce titre non plus ils ne sauraient donc s'attribuer la connaissance d'une demande qu'aucun plaideur ne leur a soumise". Ils devront trancher le différend dans les limites tracées par les parties. S'ils ne respectent pas cette étape, ils violent le principe dispositif et, donc, la volonté des parties* »⁴⁸⁵. Autrement dit, pour cet auteur, l'arbitre international est soumis au principe dispositif du fait d'une cause de nullité qui menace la sentence en cas de violation de ce principe⁴⁸⁶. Cette position est également celle défendue par d'autres auteurs tels que Messieurs Seraglini et Ortscheidt⁴⁸⁷, Monsieur Racine⁴⁸⁸, ou encore de Madame Benheim- Van de Castele⁴⁸⁹. C'est donc indirectement que le principe dispositif s'applique à l'arbitre international, par le truchement d'un grief ouvrant à nullité de la sentence : le fait pour l'arbitre d'avoir statué sans se conformer à sa mission.

⁴⁸² L'exception d'ordre public international aurait également pu être invoquée : on aurait tout à fait pu concevoir que l'ordre public international, dans sa dimension processuelle, impose l'application du principe dispositif.

⁴⁸³ Précisons ici que l'article 1492 3° du Code de procédure civile frappe de nullité pour le même grief les sentences rendues en matière interne.

⁴⁸⁴ Au sens des articles 1492 3° et 1520 3° du Code de procédure civile, dans leur rédaction issue du décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage.

⁴⁸⁵ P. GIRAUD, *op. cit.*, n°165, p.132.

⁴⁸⁶ Toutefois, Monsieur Giraud rattache le principe dispositif à l'aspect conventionnel de la mission de l'arbitre (P. GIRAUD, *op. cit.*, n°165, p. 131).

⁴⁸⁷ C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°372, p. 331.

⁴⁸⁸ J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, PUF, coll. Thémis droit, 2016, spé. n°580, p.389.

⁴⁸⁹ Madame Bernheim- Van de Castele qui énonce : « Le principe dispositif confère aux parties la maîtrise de la matière du procès. On a coutume de dire que le procès est « la chose des parties » : les parties disposent de l'existence et de l'extinction de l'instance, elles disposent également de la définition de l'objet du litige et de la détermination des faits qui seront dans le débat. L'arbitre ne peut alors statuer ultra petita au risque de voir sa sentence annulée sur le fondement des nouveaux articles 1492-3° ou 1520-3° du CPC (grief tiré du non-respect par l'arbitre de sa mission) » (L. BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, Bruylant, 2012, spé. n°681, p.545).

142. La jurisprudence retient cette même approche. La cour d'appel de Paris, notamment, a été saisie d'une affaire dans laquelle la nullité d'une sentence rendue en matière d'arbitrage international était invoquée par une partie à l'arbitrage, sur le fondement de l'ancien article 1502 3° du Code de procédure civile⁴⁹⁰. Le demandeur invoquant la nullité s'était vu condamner par le tribunal arbitral à payer des dommages-intérêts s'élevant à une somme supérieure à celle demandée par son contradicteur, et accompagnée des intérêts au taux légal qui n'avaient pas été demandés. Autrement dit, le tribunal arbitral avait prononcé une condamnation au-delà des demandes formulées, ce qui traduit une violation du principe dispositif, qui impose de respecter le cadre des demandes émises par les parties⁴⁹¹. Pour prononcer la nullité partielle de la sentence, la cour d'appel de Paris a retenu « *qu'il est constant que la société Econosto n'a pas réclamé du tribunal arbitral des intérêts à compter de la demande d'arbitrage sur les sommes à payer par les consorts Pilliod* » et que « *la soumission du contrat litigieux au droit français n'autorise pas pour autant les arbitres à prononcer une condamnation sur la base de l'article 1153-1 du Code civil au seul motif que cet article l'envisage même en l'absence de demande* »⁴⁹². Autrement dit, les arbitres ont statué sur des demandes qui n'avaient pas été formées, donc d'avoir violé l'objet du litige tel qu'il avait été déterminé par les parties. Cela suffisait à justifier l'annulation de leur sentence, dès lors qu'ils n'ont pas respecté la mission qui leur avait été conférée. L'annulation est donc prononcée en raison de la violation du principe dispositif. Un commentateur a d'ailleurs énoncé sans détour que « *c'est une évidence que les articles 4 et 5 NCPC étaient applicables au présent arbitrage* »⁴⁹³.

L'application du principe dispositif à l'arbitre international a aussi été retenue par la Haute juridiction dans une hypothèse dans laquelle le demandeur au pourvoi

⁴⁹⁰ L'article 1502 3° du Code de procédure civile énonçait : « L'appel de la décision qui accorde la reconnaissance ou l'exécution n'est ouvert que dans les cas suivants : 3° Si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée ». Ce texte a été repris à l'article 1520 3° du Code de procédure civile qui énonce : « Le recours en annulation n'est ouvert que si : 3° Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ». Si on peut noter quelques différences lexicales, l'article 1502 évoque la mission « conférée » quand l'actuel article 1520 préfère la mission « confiée », il n'en demeure pas moins que la substance de ces deux textes est similaire.

⁴⁹¹ Pour une étude plus détaillée du contenu du principe dispositif, v° *infra*, n°164 et s.

⁴⁹² CA Paris, 30 juin 2005, *Pilliod c/ société Econosto International Holding*, *Rev. arb.*, 2005, p.686 et s., note R. LIBCHABER.

⁴⁹³ R. LIBCHABER, *Rev. arb.*, 2005, note préc. Cela dit, cet auteur considère que « le respect du principe dispositif que la Cour impose dans la présente décision paraît ainsi excessivement strict. Il appartient légitimement aux parties de fixer l'objet de leur litige, et plus encore devant une juridiction instituée par convention que devant un tribunal étatique. Pour autant, ce respect ne doit pas entraver les exigences de bonne justice, qui sont la garantie même de la diversité de ces procédures ».

faisait grief à la cour d'appel de Paris d'avoir rejeté son recours en annulation, en violant les dispositions de l'article 1520, 3° du Code de procédure civile. Selon le moyen du pourvoi, le tribunal arbitral s'était prononcé sur des points qui, n'étant pas mentionnés dans l'acte de mission, ne devaient pas être tranchés. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi, validant ainsi l'arrêt d'appel qui avait rejeté la nullité de la sentence, en énonçant que « *l'arbitre n'avait pas méconnu le périmètre de sa mission en concluant que la société CMA avait failli à ses obligations contractuelles au titre desquelles celle-ci garantissait la fiabilité dudit procédé* ». Le plus intéressant dans cette décision, au regard de notre étude, tient dans le rappel par la Cour de cassation du principe suivant lequel « *la mission de l'arbitre, définie par la convention d'arbitrage, est délimitée principalement par l'objet du litige, tel qu'il est déterminé par les prétentions des parties, sans qu'il y ait lieu de s'attacher au seul énoncé des questions litigieuses dans l'acte de mission* »⁴⁹⁴. Il en ressort très clairement que, tout comme celle du juge et de l'arbitre interne, l'étendue de la mission de l'arbitre international est délimitée par le principe dispositif.

En dépit de fondements différents, l'arbitre, qu'il soit interne ou international, est donc soumis, comme le juge, à l'obligation de respecter le principe dispositif, tel qu'il résulte des articles 4 à 11 du Code de procédure civile. Il en va de même pour le principe de la contradiction.

2. Le respect du principe de la contradiction

143. Le principe du contradictoire est l'un des principes directeurs du procès, il serait même le plus essentiel, selon certains auteurs⁴⁹⁵. Le Code de procédure civile lui consacre ses articles 14 à 17, qui l'imposent non seulement au cours de l'instance, mais également sur le « *seuil de l'instance* »⁴⁹⁶. En ce sens, l'article 14 du Code de procédure civile énonce que « *Nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée* »⁴⁹⁷.

Le principe du contradictoire présente plusieurs aspects, car il s'impose non seulement au juge mais aussi aux parties⁴⁹⁸. Ainsi, l'article 15 du Code de procédure civile énonce : « *Les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les*

⁴⁹⁴ Civ. 1^e, 20 juin 2012, n°10-21.375.

⁴⁹⁵ L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privée*, LexisNexis, 11e édition, 2020, spé. n°504, p.470.

⁴⁹⁶ *Ibid.*, n°513, p.428.

⁴⁹⁷ Article 14 du Code de procédure civile dans sa rédaction issue du décret du 12 mai 1975.

⁴⁹⁸ L. CADIET, E. JEULAND, *op. cit.*, n°513-516, p.428-433.

moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense»⁴⁹⁹. Ces aspects sont étrangers à notre étude puisqu'ils ne concernent pas le juge, mais les parties⁵⁰⁰. Ils ne nous retiendront donc pas plus longuement, dès lors qu'il s'agit ici de comparer les obligations qui pèsent sur l'arbitre et sur le juge, et non celles qui pèsent sur les parties à l'arbitrage.

Une fois encore, il conviendra donc de vérifier que l'arbitre (b) est soumis au principe de la contradiction comme l'est le juge (a).

a. L'obligation faite au juge de respecter le principe de la contradiction.

144. Le principe du contradictoire pèse explicitement sur le juge, comme l'affirme l'article 16, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile : « *Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction* ». Il est donc très clair, et admis de tous, que le juge ne peut statuer sans observer le principe du contradictoire. Il a donc l'obligation de respecter ce principe.

Il convient donc de vérifier que l'arbitre est tenu d'une obligation identique.

b. L'obligation faite à l'arbitre de respecter le principe de la contradiction

145. L'obligation des arbitres, interne et international, de respecter le principe de la contradiction est évidente mais repose sur des fondements différents.

Pour l'arbitre interne, l'article 1464, alinéa 2, du Code de procédure civile énonce : « *Toutefois, sont toujours applicables les principes directeurs du procès énoncés aux articles 4 à 10, au premier alinéa de l'article 11, aux deuxième et troisième alinéas de l'article 12 et aux articles 13 à 21, 23 et 23-1* ». L'article 16 du Code de procédure civile, siège du principe de la contradiction, est donc visé par le renvoi. L'arbitre est ainsi

⁴⁹⁹ Article 15 du Code de procédure civile dans sa rédaction issue du décret du 12 mai 1975.

⁵⁰⁰ Pour une présentation du respect du principe du contradictoire par les parties à l'arbitrage, v° C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°389, p.384-386 et n°801-802, p.730-731 ; L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privée, op. cit.*, spé. n°1088, p.1008-1009.

soumis, comme le juge, à l'obligation de respecter le principe de la contradiction⁵⁰¹. Le renvoi de l'article 1464, alinéa 2, opère ici une assimilation complète de l'arbitre au juge, puisqu'il conduit à appliquer à l'arbitre un texte suivant lequel « *le juge est tenu [...]* ». C'est dire si, dans l'esprit du législateur, l'arbitre est, comme le juge, tenu de respecter le principe du contradictoire. L'article 1464 du Code de procédure civile opère donc un renvoi si explicite à l'article 16 du Code de procédure civile qu'il ne permet absolument pas de douter sur la soumission de l'arbitre interne à cette obligation de respecter et faire respecter le principe de la contradiction.

Pour l'arbitre international, la solution est la même mais elle se fonde sur un autre texte⁵⁰². Le décret du 13 janvier 2011 a ajouté⁵⁰³ aux dispositions qui régissent l'arbitrage un article 1510⁵⁰⁴ du Code de procédure civile qui énonce : « *Quelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral garantit l'égalité des parties et respecte le principe de la contradiction* ». Autrement dit, à la manière de l'article 16 du Code de procédure civile qui rend le juge débiteur de l'obligation de respecter le principe de la contradiction, l'article 1510 du Code de procédure civile rend l'arbitre international débiteur d'une obligation⁵⁰⁵ de respecter le principe de la contradiction. La terminologie retenue par l'article 1510 étant la même que celle de l'article 16, on peut y voir une référence implicite. En tout état de cause, l'arbitre international, comme l'arbitre

⁵⁰¹ En ce sens, Messieurs Seraglini et Ortscheidt énoncent : « L'arbitre, comme les parties, est soumis au respect du principe de la contradiction. Il doit, selon l'alinéa 1er de l'article 16 du Code de procédure civile, "en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction" » (C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°389, p. 384). Adde P. LEVEL, « Brèves réflexions sur l'office de l'arbitre », in Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?, Dalloz, 1996, p.259 et s., spéc. n°6, p.263.

⁵⁰² Pas plus que les autres principes directeurs du procès, l'article 16 du Code de procédure civile ne trouve à s'appliquer directement à l'arbitre international. En effet, l'office de l'arbitre international n'est défini par aucun renvoi aux textes qui régissent l'office du juge. Tout au plus, l'article 1506 du Code de procédure civile opère-t-il un renvoi aux textes qui régissent l'arbitrage interne. Au titre de ces renvois, seul l'article 1464 alinéa 3 du Code de procédure civile est visé. Or, c'est l'alinéa 2 de cet article 1464, non visé par le renvoi, qui mentionne les articles 14 à 17. En conséquence, l'article 16 du Code de procédure civile ne s'applique pas directement à l'arbitre international.

⁵⁰³ Commentant le décret n°2011-48 du 13 janvier 2011, des auteurs ont précisé que celui-ci avait fait passer les dispositions propres à l'arbitrage international de seize articles à vingt-quatre (en ce sens, v° C. JARROSSON, J. PELLERIN, « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *Rev. arb.*, 2011, p. 5 et s., spé n°81, p.56).

⁵⁰⁴ Monsieur Clay, dans son commentaire de l'article 1510 du Code de procédure civile, n'hésite pas à ouvrir en énonçant « *Entièrement nouveau, cet article offre le cadre juridique de la procédure arbitrale* » (T. CLAY, *Code de l'arbitrage commenté*, LexisNexis, édition 2015, Commentaire sous l'article 1510 du Code de procédure civile).

⁵⁰⁵ Des auteurs ont pu préciser que les obligations qui pèsent sur l'arbitre du fait de la loi ne sont pas des obligations mais des devoirs (v° C. CHAINAIS, G. GUILLAUME, A. TENENBAUM, *Terminologie contractuelle commune, Projet de cadre commun de référence*, Société de Législation Comparée, 2008, v° « Obligation, devoir », p.65).

interne, est indubitablement soumis à une obligation de respecter et faire respecter le principe de la contradiction, tout comme le juge.

On peut faire le même constat au sujet du principe de loyauté.

3. *Le respect du principe de loyauté*

146. L'obligation de loyauté⁵⁰⁶ fait partie des nouveautés du décret du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage. Si cette exigence apparaît comme s'imposant à l'arbitre, son application au juge est moins évidente dès lors qu'aucun texte ne l'exige expressément.

Il s'agira donc ici de démontrer que le juge (a) et l'arbitre (b) sont tenus de respecter un principe de loyauté.

a. L'obligation faite au juge de respecter le principe de la loyauté

147. En la matière, la difficulté vient du fait qu'aucun texte du Code de procédure civile n'impose au juge une obligation de loyauté⁵⁰⁷. D'ailleurs, le terme « loyauté » ne trouve aucune occurrence dans l'ensemble du Code de procédure civile⁵⁰⁸, à l'exception

⁵⁰⁶ Il sera ici question de loyauté procédurale, entendue comme la loyauté dans le débat judiciaire (en ce sens, v° R. PERROT, « La loyauté procédurale », *RTD Civ.*, 2006, p.151, , obs. sur Civ. 1^e, 7 juin 2005, n°05-60.044), que le juge est tenu « *de respecter et faire respecter* » (Civ. 1^e, 7 juin 2005, n°05-60.044, *Bull I*, n°241). À côté de cette loyauté procédurale, il existe un principe de loyauté contractuelle, aussi appelé bonne foi contractuelle (en ce sens, v° P. LE TOURNEAU, M. POUMAREDE, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, v° Bonne foi, 2017, spé. n°87 ; R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, Dalloz, coll. Cours, 13^e édition, 2018, spé. n°115, p.115) prévue à l'article 1104 du Code civil, qui impose le respect de la loyauté non pas dans le procès mais dans l'exécution du contrat (en ce sens, v° M. POUMARÈDE, *Droit de la responsabilité et des contrats 2018/2019* (dir. P. LE TOURNEAU), Dalloz, coll. Dalloz Action, 11^e édition, 2017, n°3124.90) ainsi que dans la négociation et la formation des contrats (en ce sens, v° F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 12^e édition, 2018, spé. n°128, p.162-163). Cette exigence de bonne foi contractuelle est commune à l'ensemble des contrats, et n'est donc aucunement particulière à l'arbitrage, ce qui justifie qu'elle ne soit pas abordée plus avant dans le cadre de la présente étude.

⁵⁰⁷ En ce sens, v° E. ALT, « La loyauté de la procédure en droit civil », *Revue Justice & Cassation*, 2014, p.13 et s. ; Y. STRICKLER, « La loyauté processuelle », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin*, Dalloz, 2008, p.355 et s., spé. p.356.

⁵⁰⁸ Il faut toutefois souligner que l'article 6 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature impose aux magistrats de se comporter avec dignité et loyauté.

de l'article 1464⁵⁰⁹. C'est dire s'il est alors *a priori* impossible, sur le fondement des textes, de considérer que le juge serait soumis au respect d'une exigence de loyauté.

Certes, l'article 780, alinéa 2, du Code de procédure civile se réfère à l'idée de loyauté en énonçant, au sujet de l'instruction devant le juge de la mise en état, que le magistrat de la chambre saisie ou à laquelle l'affaire a été distribuée « *a mission de veiller au déroulement loyal de la procédure, spécialement à la ponctualité de l'échange des conclusions et de la communication des pièces* »⁵¹⁰. Cependant, ce texte n'impose pas un devoir général de loyauté au juge⁵¹¹, puisqu'il s'applique spécifiquement au juge de la mise en état devant le tribunal judiciaire. Sa portée trop restreinte ne permet pas de considérer que le Code de procédure civile soumet le juge à une obligation générale de loyauté.

148. À défaut de fondement textuel dédié, la jurisprudence s'est emparée de la question de la loyauté procédurale. À ce sujet, la Cour de cassation a, dans une décision très remarquée du 7 juin 2005, posé les jalons de l'obligation de loyauté qui incombe au juge⁵¹². Elle a ainsi très clairement affirmé « *que le juge est tenu de respecter et de faire respecter la loyauté des débats* »⁵¹³. Ce faisant, la Haute juridiction française a révélé, avec « *majesté dans la formule* »⁵¹⁴, « *une obligation de loyauté [des débats] au premier chef dans la personne du juge* »⁵¹⁵ au visa des articles 10, alinéa 1^{er} du Code civil et 3 du Code de procédure civile. Cette décision marque une étape importante, sinon déterminante, dans la caractérisation d'une obligation générale de loyauté dans la conduite de la procédure, qui pèse sur le juge au titre des principes directeurs du procès⁵¹⁶. Signe de solennité de sa décision, la Cour de cassation a d'ailleurs eu recours à

⁵⁰⁹ En ce sens, v° notam. S. GUINCHARD (dir.), *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès*, Dalloz, coll. Précis, 10^e édition, 2019, spé. n°622, p.1474.

⁵¹⁰ La règle figure à l'article 780 du Code de procédure civile, dans sa rédaction issue du décret n°2019-1333 du 11 décembre 2019. Auparavant, elle était inscrite à l'article 763 du même Code.

⁵¹¹ En ce sens, v° L. CADIET, « Le principe de loyauté devant le juge civil et le juge commercial », *Procédures*, 2015, n°12, dossier 10, spé. n°9.

⁵¹² Monsieur Henry considère qu'« une exigence de loyauté à la charge du magistrat était ainsi consacrée dans le cadre de la justice judiciaire depuis 2005 » (M. HENRY, « L'obligation de loyauté des arbitres envers les conseils », *Les cahiers de l'arbitrage*, 2014, p.525 et s., spé. n°8, p.529).

⁵¹³ Civ. 1^{re}, 7 juin 2005, n°05-60.044, *Bull I*, n°241 ; *D.* 2005, p.2570, note M.-E. BOURSIER (« Un "nouveau" principe directeur du procès civil : le principe de loyauté des débats ») ; *D.* 2006, p. 545, obs. P. JULIEN, N. FRICERO ; *RTD Civ.*, 2006, p.151, obs. R. PERRROT (« La loyauté procédurale »).

⁵¹⁴ R. PERRROT, « La loyauté procédurale », *RTD Civ.*, 2006, p.151, obs. préc.

⁵¹⁵ M. HENRY, « L'obligation de loyauté des arbitres envers les conseils », *op. cit.*, n°7, p.529.

⁵¹⁶ En ce sens, v° M.-E. BOURSIER, « Un "nouveau" principe directeur du procès civil : le principe de loyauté des débats », obs. préc. ; M. HENRY, « L'obligation de loyauté des arbitres envers les conseils », *op. cit.*, n°8, p.529 ; Y. STRICKLER, « La loyauté processuelle », *op. cit.*, p.364.

la technique dite du visa par laquelle, depuis 1948, elle consacre l'existence de principes généraux du droit⁵¹⁷. Ce faisant, la Cour de cassation a rendu autonome le principe suivant lequel le juge doit respecter et faire respecter le principe de loyauté⁵¹⁸.

Le juge est donc tenu de respecter un principe général de loyauté des débats. C'est aussi, mais sur d'autres fondements, le cas des arbitres.

b. L'obligation faite à l'arbitre de respecter le principe de la loyauté

149. La loyauté est une obligation que le Code de procédure civile impose expressément aux arbitres depuis le décret du 13 janvier 2011⁵¹⁹. Ce dernier a modifié l'article 1464, qui s'applique aussi bien à l'arbitre interne qu'à l'arbitre international, par l'effet du renvoi opéré par l'article 1506, 3°, du Code de procédure civile. Il dispose, en son alinéa 3 : « *Les parties et les arbitres agissent avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure* »⁵²⁰. Ce texte a le mérite de tarir le débat quant à la soumission de l'arbitre à l'obligation de loyauté procédurale⁵²¹.

On le voit, les arbitres sont, comme les juges, tenus d'une obligation de loyauté qui recouvre une dénomination identique. Le même constat s'impose au sujet du principe d'égalité.

4. Le respect du principe d'égalité

⁵¹⁷ En ce sens, P. MORVAN, « Les visas de principes dans la jurisprudence de la Cour de cassation : inventaire d'un droit "hors-la-loi" », *Les Petites Affiches*, 8 juin 2005, p.5.

⁵¹⁸ V° notam., pour une application de ce principe général « *de loyauté des débats* », Soc., 2 juillet 2015, n°14-13.778.

⁵¹⁹ En ce sens, v° C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.* ; I. FADLALLAH, D. HASCHER, *Les grandes décisions du droit de l'arbitrage commercial*, Dalloz, coll. Grands arrêts, 2019, 24-25, p.175 et s., spé. n°21, p.187 ; L. JANDARD, *op. cit.*, n°112, p.144 ; M. HENRY, « L'obligation de loyauté des arbitres envers les conseils », *op. cit.*, n°4, p.525.

⁵²⁰ Article 1464, alinéa 3, dans sa rédaction issue du décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage.

⁵²¹ Au vrai, la jurisprudence avait déjà consacré un devoir de loyauté procédurale entre les parties : en ce sens, v° CA Paris, 12 septembre 2002, *Macron et International Display Design c/ Société des Cartonages de Pamfou*, *Rev. arb.*, 2003, p. 171 et s., note M.-E. BOURSIER ; CA Paris, 18 novembre 2004, *SA Thalès Air Défense c/ GIE Euromissile*, *rev. arb.*, 2003, p.751.

L'égalité est un principe dont on parle souvent. Toutefois, son application au juge et à l'arbitre n'est pas des plus évidentes dès lors que le Code de procédure civile ne présente qu'une seule occurrence pour ce terme. Reste qu'en dépit de sa faible présence dans le Code de procédure civile, le principe d'égalité s'applique aussi bien au juge qu'à l'arbitre.

a. L'obligation faite au juge de respecter le principe d'égalité

150. Le Code de procédure civile ne mentionne jamais l'exigence, pour les juges, de respecter le principe d'égalité. En effet, le terme « *égalité* » n'est mentionné qu'une seule fois dans le Code de procédure civile⁵²² à l'article 1510, en matière d'arbitrage international. Dès lors, c'est en dehors du Code de procédure civile qu'il faut chercher l'existence d'un principe d'égalité qui s'imposerait aux juges.

On en trouve notamment trace dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁵²³. Ce texte international, qui trouve à s'appliquer dans l'ordre interne, réserve une place de choix à ce principe, puisqu'il l'affirme expressément dans son article 14 § 1 : « *Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice* »⁵²⁴.

La Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, quant à elle, ne mentionne pas expressément le principe d'égalité. Toutefois, très tôt, la Cour européenne des droits de l'Homme a consacré, sur le fondement du droit à un procès équitable, l'obligation pour les juges de respecter le principe d'un traitement égal des parties. En effet, dans une jurisprudence *Szabowicz contre Suède*⁵²⁵, depuis

⁵²² Dans le Code de l'organisation judiciaire, on trouve quatre occurrences pour le terme « *égalité* » mais toutes font références non pas au principe du traitement égal des parties par le juge mais à la notion de « *l'égalité de rang* » (v° articles R. 121-4, R. 122-5, R. 312-75 ou encore R. 312-74 du Code de l'organisation judiciaire) qui est une notion qui permet de déterminer la liste de rang des juges.

⁵²³ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966, entré en vigueur en France le 23 mars 1976.

⁵²⁴ Dans sa version complète, l'article 14 § 1 du pacte énonce : « *Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil. Le huis clos peut être prononcé pendant la totalité ou une partie du procès soit dans l'intérêt des bonnes mœurs, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, soit lorsque l'intérêt de la vie privée des parties en cause l'exige, soit encore dans la mesure où le tribunal l'estimera absolument nécessaire lorsqu'en raison des circonstances particulières de l'affaire la publicité nuirait aux intérêts de la justice; cependant, tout jugement rendu en matière pénale ou civile sera public, sauf si l'intérêt de mineurs exige qu'il en soit autrement ou si le procès porte sur des différends matrimoniaux ou sur la tutelle des enfants* ».

⁵²⁵ CEDH, 30 juin 1959, *Szabowicz c/ Suède*, Annuaire II, p.535.

réaffirmée⁵²⁶, la Cour européenne des droits de l'Homme a considéré que « *toute partie à une action civile et a fortiori à une action pénale, doit avoir une possibilité raisonnable d'exposer sa cause au tribunal dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière appréciable par rapport à la partie adverse* ». C'est dire que les juges doivent respecter l'égalité entre les parties.

Dans la continuité de la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de cassation, a évoqué très explicitement l'existence d'un principe d'égalité des parties, en se fondant sur l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales pour énoncer que « *le principe de l'égalité des armes est l'un des éléments de la notion plus large de procès équitable, au sens de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; qu'il exige un juste équilibre entre les parties, chacune d'elles devant se voir offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son ou ses adversaires* »⁵²⁷.

La doctrine est elle aussi unanime et reconnaît l'existence d'un principe d'égalité s'imposant au juge sur le fondement de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales⁵²⁸.

Il ne fait pas de doute que le juge est tenu de respecter un principe d'égalité. Il en va de même pour l'arbitre.

b. L'obligation faite à l'arbitre de respecter le principe d'égalité

151. La soumission de l'arbitre à un principe d'égalité est évidente en matière d'arbitrage international. En effet, l'article 1510 du Code de procédure civile, propre à l'arbitre international, énonce très clairement que « *quelle que soit la procédure choisie,*

⁵²⁶ CEDH, 16 juillet 1968, *Struppart c/ RFA*, requête n°2804/66 ; CEDH, 23 juin 1993, *Ruiz Matéos c/ Espagne*, requête n°12952/87 ; CEDH 22 septembre 1994, *Hentrich c/ France*, requête n°13616/88 ; CEDH, 23 octobre 1996, *Ankerl c/ Suisse*, requête n°17748/91.

⁵²⁷ Civ. 1^e, 27 mars 2019, n°17-24.242, *Bull I*, n°111 ; pour des applications du principe d'égalité en droit interne, v° notam. Civ. 1^e, 21 novembre 2019, n°19-15.890, *Bull I*, n°99 ; Com., 2 octobre 2019, n°17-28.462 ; Soc., 10 juillet 2019, n°18-11.827 ; Com., 26 juin 2019, n°18-12.581.

⁵²⁸ En ce sens, v° notam. S. GUINCHARD, *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, v° Procès équitable, 2017, spé. n°598 et s. ; S. GUINCHARD (dir.), *Droit processuel, droit commun du procès*, Dalloz, coll. Précis, 1^e édition, 2001, spé. n°439 ; N. FRICERO, *Droit et pratique de la procédure civile 2017-2018* (dir. S. GUINCHARD), Dalloz, coll. Dalloz Action, 9^e édition, 2016, spé. n°212.21 ; E. LOQUIN, *Encyclopédie JurisClasser Procédure civile*, v° Fasc. 1036, *op. cit.*, n°95 ; E. LOQUIN, *L'arbitrage du commerce international*, Joly éditions, coll. Pratique des affaires, 2015, spé. n°303, p. 261 ; L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, v° Egalité des armes.

le tribunal arbitral garantit l'égalité des parties et respecte le principe de la contradiction ».

152. En revanche, les choses sont moins évidentes pour l'arbitre interne, car les textes qui lui sont applicables sont silencieux sur cette question. Pour autant, au moins deux raisons plaident dans le sens d'une soumission de l'arbitre interne au principe d'égalité.

D'abord, il n'est pas concevable que les exigences qui pèsent sur l'arbitre soient plus grandes lorsqu'il statue en matière d'arbitrage international qu'en matière d'arbitrage interne. Les règles applicables à l'arbitrage international ne peuvent apparaître moins libérales que celles de l'arbitrage interne, en imposant une obligation que l'arbitrage interne ne connaîtrait pas.

Ensuite, la jurisprudence considérait, avant l'entrée en vigueur du décret du 13 janvier 2011, que l'exigence faite à l'arbitre de respecter le principe de l'égalité était un principe d'ordre public international, ce que les auteurs soulignent unanimement⁵²⁹. Or, s'il est certain que ce qui relève de l'ordre public interne ne relève pas nécessairement de l'ordre public international français, à l'inverse, ce qui relève de l'ordre public international français relève *a priori* de l'ordre public interne. En effet, l'ordre public international français est pensé comme une élévation au rang international d'éléments composants l'ordre public interne⁵³⁰. S'il est un principe d'ordre public international, il doit donc également s'appliquer dans l'ordre public interne et, en conséquence, s'imposer à l'arbitre international comme à l'arbitre interne.

153. D'ailleurs, malgré le silence de la législation, une majorité de la doctrine considère que les arbitres internes sont tenus de respecter le principe d'égalité. En ce sens, par exemple, Messieurs Seraglini et Ortscheidt énoncent : « *même si le principe d'égalité des parties au cours du procès n'est pas formellement énoncé par aucune disposition du Code de procédure civile relative à l'arbitrage interne, il irrigue toute la procédure* »⁵³¹. Dans le même sens, Monsieur Racine considère que même si le principe

⁵²⁹ En ce sens, v° P. LEVEL, « Brèves réflexions sur l'office de l'arbitre », *op. cit.*, n°6, p.263.

⁵³⁰ L'ordre public international s'analyse comme « une notion complexe qui désigne les règles, les valeurs, ou les principes les plus fondamentaux d'un ordre juridique » (J. GUILLAUME, *Encyclopédie JurisClasseur Civil Code*, Article 3 - Fasc. 40 : Ordre public international – notion d'ordre public international, 2018, spé. point clé 1).

⁵³¹ C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°394, p. 388.

d'égalité n'est pas « formulé par les textes relatifs à l'arbitrage interne, nul doute qu'il s'applique également dans ce cadre »⁵³². Pour Monsieur Clay, le principe d'égalité « épouse idéalement les contours du nouvel arbitrage »⁵³³. La doctrine est donc relativement unanime⁵³⁴ : le principe d'égalité s'applique, même s'il n'est pas mentionné expressément, dans les procédures d'arbitrage interne.

La jurisprudence penche également en ce sens : des juges du fond ont reconnu très clairement l'existence d'un principe d'égalité en matière d'arbitrage interne dans une affaire dans laquelle l'une des parties sollicitait l'annulation de la sentence. Pour rejeter cette demande, la cour d'appel de Paris a considéré qu' « en décidant de rouvrir les débats pour provoquer les explications des parties sur un moyen de pur droit, ce qu'ils avaient la faculté de faire, en l'espèce pour permettre aux parties de produire une note en délibéré sur le commencement de preuve par écrit que pouvait constituer une lettre produite dans la procédure, les arbitres ont respecté tant le principe de la contradiction que l'acte de mission et le principe de l'égalité des armes, peu important que le moyen de droit soulevé d'office aboutisse à une solution plus favorable à l'une des parties »⁵³⁵. En constatant que les arbitres ont respecté le principe de l'égalité des armes, les juges ont incontestablement admis que ce principe s'applique à eux.

Tout cela aboutit à considérer que l'arbitre, qu'il soit interne ou international, est soumis au même principe d'égalité que le juge et, plus généralement, aux mêmes principes directeurs du procès que le juge. La dénomination de ces obligations faites à

⁵³² J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, n°607, p.403.

⁵³³ T. CLAY, « Liberté, égalité, efficacité ». La devise du nouveau droit français de l'arbitrage. Commentaire article par article », *Journal du droit international (Clunet)*, 2012, n°2, doctr. 4, p.443 et s., spé. n°43.

⁵³⁴ On peut également citer Monsieur Giraud qui, bien qu'introduisant sa thèse de doctorat en précisant que « l'arbitre de droit international doit garantir l'égalité des parties [...] » (P. GIRAUD, *op. cit.*, n°11, p. 15), énonce à plusieurs reprises que l'arbitre doit respecter l'égalité sans distinguer selon qu'il s'agit de l'arbitre international ou de l'arbitre interne et, ce, notamment lorsqu'il délimite le périmètre de la mission juridictionnelle arbitrale (P. GIRAUD, *op. cit.*, n°96, p.84), ou lorsqu'il présente la fonction juridictionnelle comme un « bouclier de l'arbitre » (P. GIRAUD, *op. cit.*, n°242, p.184). En ce sens également, Monsieur Strickler considère que « parmi les garanties essentielles du droit processuel, le CPC met en exergue l'importance du respect d'un certain nombre de principes et place, d'abord, l'égalité des parties (inspiré du droit des contrats) et la contradiction (qui irrigue le droit des procédures) en première ligne en affirmant directement que, "Quelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral garantit l'égalité des parties et respecte le principe de la contradiction" (CPC, article 1464 pour l'arbitrage interne et CPC, article 1510 pour l'arbitrage international) » (Y. STRICKLER, *Encyclopédie JurisClasseur Civil Code*, v° Article 2059 à 2061 - Fasc. 30 : Arbitrage – Procédure arbitrale, 2017, spé. n°29). Adde en ce sens A. BEREGOI, R. DESCOURS-KARIMITZ, P.-E. MALLET, A. LELEU, *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, V° Arbitrage en droit interne, 2017, spé. n°221.

⁵³⁵ CA Paris, 10 mai 2016, Mutuelle Centre de Gestion Mutualise partage – CGMP et autres c/ Mutuelle nationale des personnels Air France "MNPAF", *Rev. arb.*, 2017, p.221 et s., note J.-B. RACINE.

l'arbitre et au juge est identique. Cette identité de dénomination des obligations, premier signe de leur nature juridictionnelle, se retrouve au sujet des obligations liées à la sentence.

B) Les obligations liées à la sentence

154. A moins que les parties ne transigent sur leur contentieux, la procédure arbitrale a pour objet d'aboutir à la reddition d'une sentence dans laquelle le tribunal arbitral rendra la solution du litige que les parties lui ont soumis. La sentence est à l'arbitrage ce que le jugement est à la justice judiciaire.

Or, le titre premier du livre IV du Code de procédure civile, applicable à l'arbitrage interne, consacre son chapitre IV à l'instance arbitrale et impose à l'arbitre certaines obligations dans le cadre de l'élaboration de sa sentence, à l'image des obligations qui s'imposent au juge dans le processus d'élaboration de son jugement. Ces obligations ont trait, d'une part, au processus intellectuel permettant d'aboutir à la sentence arbitrale (le délibéré) et, d'autre part, à la réalisation matérielle de la sentence (à travers, notamment, une exigence de motivation).

La structure retenue par le Code de procédure civile nous conduira à envisager ces deux obligations successivement : le délibéré (1) puis la motivation (2).

1. L'obligation de délibérer

155. Le délibéré, dans son acception judiciaire⁵³⁶, s'analyse comme le processus de la prise de décision juridictionnelle⁵³⁷ qui se situe entre la clôture du débat public et le prononcé de la décision⁵³⁸. Ce processus est donc, par définition, indispensable à la

⁵³⁶ Le délibéré peut aussi s'entendre, dans une acception commune, comme l'« examen conscient et réfléchi avant de décider » (Dictionnaire Le Grand Robert), comme l'« action de réfléchir, d'examiner une question ; discussion » (Dictionnaire Le Petit Larousse) ou encore comme « l'examen à plusieurs et par la parole touchant une résolution à prendre » (Dictionnaire Le Littré). Peuvent être soumises au délibéré, ainsi entendu, les décisions d'une assemblée ou d'un collègue ou encore celles d'un particulier (G. CORNU, ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 13^e édition, 2020, v° Délibérer, p.282).

⁵³⁷ N. CAYROL, « La notion de délibération », *Procédures*, 2011, n°3, dossier 2 ; dans le même sens v° G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° Délibérer, p.282.

⁵³⁸ G. CANIVET, « Comprendre le délibéré ? ou "Le mystère de la chambre du conseil" » in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard. Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Dalloz, 2010, p. 205 et s., spé. n°6 p.209.

reddition d'une décision judiciaire⁵³⁹. On verra que cette obligation de délibérer s'impose à l'arbitre (b) dans les mêmes termes qu'au juge (a).

a. L'obligation faite au juge de délibérer

156. S'agissant du juge, le Code de procédure civile consacre au délibéré une sous-section composée de trois articles de son livre Ier intitulé « *Dispositions communes à toutes les juridictions* ». Ce choix des rédacteurs du Code de procédure civile indique que pour l'élaboration de toute décision judiciaire, quelle que soit la juridiction qui la rend (tribunal judiciaire, tribunal de commerce, cour d'appel...), le délibéré est une étape indispensable. Les rédacteurs ont fait le choix d'un seul texte, d'application générale. C'est d'ailleurs le sens même du premier de ces trois articles, l'article 447 du Code de procédure civile, qui énonce *ab initio* : « *Il appartient aux juges devant lesquels l'affaire a été débattue d'en délibérer* »⁵⁴⁰.

L'article 448 du Code de procédure civile ajoute que « *Les délibérations des juges sont secrètes* ». L'obligation de délibérer s'entend donc d'une obligation d'élaborer une décision suivant un processus de réflexion qui doit rester secret. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs conféré au principe du secret du délibéré un fondement constitutionnel en rattachant cette exigence à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 4 août 1789, à laquelle se réfère le préambule de la constitution de 1958. Il a ainsi évoqué « *le principe d'indépendance qui est indissociable de l'exercice des fonctions juridictionnelles et dont découle le principe du secret du délibéré* »⁵⁴¹. De cette décision, il s'infère donc très clairement que le secret du délibéré est intimement lié à l'exercice d'une fonction juridictionnelle.

Cette obligation de délibérer s'impose également à l'arbitre.

b. L'obligation faite à l'arbitre de délibérer

157. Aucun texte propre à l'arbitrage ne pose une obligation générale de l'arbitre équivalente, à l'image de celle que l'article 447 du Code de procédure civile impose au

⁵³⁹ En ce sens, Monsieur Racine présente le délibéré comme une étape dans la reddition de la sentence (J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, n°817, p.521).

⁵⁴⁰ Article 447 du Code de procédure civile.

⁵⁴¹ Cons. Constit., 4 décembre 2015, décision n°2015-506 QPC.

juge⁵⁴². En outre, contrairement à ce qui a été vu pour les principes directeurs du procès⁵⁴³, aucun texte applicable à l'arbitrage n'opère de renvoi aux dispositions du Code de procédure civile qui concernent le juge. L'existence même de l'obligation de délibérer à la charge de l'arbitre n'apparaît donc pas de manière évidente à la lecture des textes. Pour autant, elle n'est pas douteuse.

Pour certains auteurs, l'exigence imposant à l'arbitre de délibérer est d'une évidence absolue. Messieurs de Fontmichel, Donato et Meyniel considèrent par exemple que « *L'arbitre ou les arbitres, qu'ils statuent en droit ou en amiable compositeurs, tranchent un litige. Pour exercer cet office, une solution doit mûrir et se dégager. Cela est possible grâce à la confrontation des thèses et des faits présents dans le débat, confrontation qui se tient dans le for intérieur de l'arbitre unique ou dans l'espace cloisonné du collège arbitral* »⁵⁴⁴. Ainsi, pour cet auteur, le délibéré est « *une obligation fondamentale du tribunal arbitral* »⁵⁴⁵.

158. De fait, en matière d'arbitrage interne, deux textes, les articles 1476, alinéa 1^{er}, et 1479 du Code de procédure civile, ont trait au délibéré. Le premier de ces textes énonce : « *le tribunal arbitral fixe la date à laquelle le délibéré sera prononcé* »⁵⁴⁶. Il s'en infère que la procédure arbitrale interne implique un délibéré : s'il appartient aux arbitres internes de fixer la date du prononcé du délibéré, c'est que, nécessairement, ils doivent délibérer, tout comme le juge⁵⁴⁷. Les similitudes se prolongent avec l'article

⁵⁴² En ce sens, v° E. LOQUIN, *L'arbitrage du commerce international, op. cit.*, n°449, p.373 ; c'était déjà le cas avant le décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, en ce sens, v° J. BEGUIN, M. MENJUCQ (dir.), *Droit du commerce international*, LexisNexis, Litec, coll. Traités, 3^e édition, 2019, spé. n°2690, p.1041.

⁵⁴³ V *supra*, n°138, pour le principe dispositif et n°145 pour le principe de la contradiction, le renvoi existant en matière d'arbitrage interne.

⁵⁴⁴ A. DE FONTMICHEL, M. DONATO, A. MEYNIEL, « Vue d'ensemble du régime juridique de délibéré arbitral en droit français de l'arbitrage », *Les cahiers de l'arbitrage*, 2014, n°2, p.207 et s.

⁵⁴⁵ Ibid.

⁵⁴⁶ Article 1476 du Code de procédure civile alinéa 1 dans sa rédaction issue du décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage. Avant ce décret, l'article 1468 du Code de procédure civile, issu du décret n°81-500 du 12 mai 1981, instituant les dispositions des livres III et IV du Nouveau Code de procédure civile et modifiant certaines dispositions de ce Code, énonçait cette même règle, à ceci près qu'il évoquait « *l'arbitre* » et non le « *tribunal arbitral* ».

⁵⁴⁷ Au sujet de l'obligation faite aux arbitres de délibérer, Messieurs Seraglini et Ortscheidt considèrent que « dans l'arbitrage interne, l'obligation de délibérer par le tribunal arbitral est indirectement énoncée par l'article 1476 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile (...) et [de] l'article 1479 » (C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°865, p.785). De la même manière, Monsieur Duprey considère que le principe du délibéré doit s'appliquer à l'arbitrage « même s'il n'apparaît pas directement dans les principes directeurs qui s'imposent à l'arbitre » (P. DUPREY, *Rev. arb.*, 2009, p.360, note sous CA Paris, 9 octobre 2008, *Société La Marocaine des loisirs c/ société France Quick*, spé. n°13 p.373). Adde en ce sens B. LE BARS, « Tension entre secret du délibéré et obligation de motivation : la sentence signée par les trois arbitres vaut

1479 du Code de procédure civile qui reprend *in extenso*⁵⁴⁸ l'article 448 du même Code en énonçant que les délibérations sont secrètes⁵⁴⁹. De la même manière, l'article 1480, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile⁵⁵⁰ dispose que « *La sentence arbitrale est rendue à la majorité des voix* », reprenant ainsi l'article 449 du Code de procédure civile qui impose également que « *la décision*⁵⁵¹ » soit rendue « *à la majorité des voix* ». Ainsi, en présence d'un tribunal arbitral collégial, la sentence doit être acceptée par la majorité des membres du tribunal. Il faut donc que les arbitres qui composent le tribunal échangent sur l'affaire pour se mettre d'accord : c'est le processus même du délibéré. Ce processus doit également être suivi par le juge, qui doit respecter cette même règle de la majorité, lorsqu'il statue en formation collégiale. Il existe donc à la charge l'arbitre interne la même obligation de délibérer que celle qui pèse sur les juges. Cette obligation s'impose d'ailleurs à tous les tribunaux arbitraux⁵⁵², qu'ils soient constitués d'un arbitre unique⁵⁵³ ou d'un collège⁵⁵⁴.

présomption de majorité », JCP G, 2015, p.466, note sous Civ. 1^e, 1 avril 2015, n°14-13.202 ; B. MOREAU, E. GLUCKSMANN, P. FENG, Répertoire de procédure civile, Dalloz, v° Arbitrage international, 2016, spé. n°241 (« l'exigence du délibéré est implicitement admise par l'article 1479 du code de procédure civile »). Tel était déjà le cas avant le décret du 13 janvier 2011 (en ce sens, v° J. BEGUIN, M. MENJUCQ (dir.), *op. cit.*, n°2960, p.1041 : « dans l'arbitrage interne, l'exigence d'un délibéré, qui doit être secret, résulte des articles 1468 et 1469 du Nouveau Code de procédure civile, et on voit mal ce qui justifierait de distinguer arbitrages interne et international sur ce point »).

⁵⁴⁸ À une différence près : l'article 448 du Code de procédure civile vise les délibérations des juges tandis que l'article 1479 du Code de procédure civile vise les délibérations du tribunal arbitral.

⁵⁴⁹ Pour un auteur qui relève cette similitude laissant entendre que les délibérations arbitrales répondent aux mêmes impératifs que les délibérations judiciaires, v° P. DUPREY, note préc., spé. n°8 p.368.

⁵⁵⁰ L'article 1480, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile, dans sa rédaction issue du décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, reprend l'exact contenu de l'ancien article 1470 du Code de procédure civile.

⁵⁵¹ Là où l'article 1480 du Code de procédure civile vise « *la sentence* », l'article 449 du même Code vise lui « *la décision* ». Cette différence lexicale n'était pas vraiment nécessaire dès lors qu'une décision peut être entendue comme un « *terme générique englobant toute jugement, quel que soit son auteur (arbitre, tribunal de première instance, cour d'appel, Cour de cassation, son objet (décision contentieuse ou gracieuse)* » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° Décision, p.267). Toutefois elle s'explique par le fait que l'arbitre ne rend que des sentences tandis que les juges rendent non seulement des jugements mais aussi des ordonnances ou encore des arrêts. Il fallait donc un terme général pour le juge et un terme précis pour l'arbitre. Quoi qu'il en soit, il ne s'agit que d'une simple adaptation lexicale pour évoquer une même réalité.

⁵⁵² En ce sens, v° P. GIRAUD, *op. cit.*, spé. n°102, p.95 ; E. LOQUIN, *Encyclopédie JurisClasseur Procédure civile*, v° Fasc. 1042 : Arbitrage, Sentence arbitrale, 2012, spé. n°14 et s. ; J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage, op. cit.*, n°820, p.522 ; B. MOREAU, A. BEREGOI, R. DESCOURS-KARMITZ, P.-E. MALLET, A. LELEU, *Répertoire de procédure civile, Dalloz, V° Arbitrage en droit interne*, 2017, spé. n°362.

⁵⁵³ En ce sens, v° C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°874, p.865 ; J.-P. DUMAS, « Secret de juges » in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Études offerts à Pierre CATALA*, Litec, 2001, p. 179 (« En un sens, le délibéré peut être solitaire. C'est celui d'un magistrat agissant comme juge unique ») ; T. CLAY, *L'arbitre, op. cit.*, n°815, p.626 (« *Même un arbitre unique délibère dans le dialogue intérieur qu'il entretient* »). A l'inverse, certains auteurs estiment que « *La réalité du délibéré implique que chaque arbitre ait pleinement réfléchi à la solution qu'il entend rendre en tenant compte de l'ensemble des faits et arguments invoqués par les parties et qu'un travail de confrontation avec les réflexions des autres membres du tribunal arbitral ait eu lieu. Autrement dit, il s'agit là de s'assurer qu'il y a bien eu un délibéré effectif* » (A. DE FONTMICHEL, M.

Ainsi, même si aucun texte ne pose explicitement à la charge de l'arbitre interne l'obligation de délibérer, les différents textes qui évoquent le délibéré arbitral démontrent que l'obligation de délibérer existe. Mieux, en reprenant quasiment mot pour mot les textes applicables au juge, le Code de procédure civile invite à considérer que l'arbitre est tenu d'une obligation similaire à celle du juge. Il fait implicitement référence au juge pour déterminer la façon dont l'arbitre doit délibérer : en secret et à la majorité⁵⁵⁵.

Au vrai, ceci est d'une évidence absolue⁵⁵⁶. Puisque l'arbitrage a pour essence d'aboutir à la reddition d'une sentence, comment imaginer que celle-ci soit rendue autrement qu'après un processus intellectuel qui en permette l'élaboration⁵⁵⁷, donc

DONATO, A. MEYNIEL, « Vue d'ensemble du régime juridique de délibéré arbitral en droit français de l'arbitrage », *op. cit.*). De ces propos, il semble s'inférer que, pour ces auteurs, le délibéré n'est possible que lorsque l'arbitre peut confronter son point de vue avec différents arbitres, c'est-à-dire en dehors des situations où le tribunal arbitral est composé d'un arbitre unique. Nous nous inscrivons en désaccord avec cette position qui semble reposer sur une confusion entre le principe de collégialité et l'obligation de délibérer. Le délibéré n'impose pas une discussion ; il impose une réflexion. Si la collégialité est une aide évidente dans la poursuite de cette réflexion, elle n'est pas absolument nécessaire. En outre, avec une telle vision, il faudrait comprendre que le juge unique, tout comme l'arbitre unique, viole le délibéré par définition. Si tel était le cas, certaines décisions seraient arbitraires et ne répondraient pas aux exigences du procès équitable. Par ailleurs, un argument textuel peut également être opposé à cette position. En effet, les textes sur le délibéré en matière d'arbitrage visent le tribunal arbitral. Or, l'article 1451, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile énonce, dans sa rédaction issue du décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, que le tribunal arbitral est composé d'un ou plusieurs arbitres. Autrement dit, chaque fois qu'un texte vise le tribunal arbitral, il s'applique aussi bien aux tribunaux arbitraux formés d'un arbitre unique qu'aux tribunaux collégiaux. Ainsi, l'obligation de délibérer s'applique dans toutes ces hypothèses. Trouvant une sorte d'équilibre entre ces visions, certains soulignent que si le délibéré est nécessaire, que la juridiction soit collégiale ou à juge unique, « *il est vrai que la dialectique solitaire est nécessairement moins féconde que la dialectique collective* » (L. CADIET (dir.), Dictionnaire de la justice, *op. cit.*, v° Délibéré).

⁵⁵⁴ Quand le tribunal est composé de plusieurs arbitres, c'est nécessairement le tribunal arbitral qui rend la décision qui doit délibérer. Cela implique que chaque arbitre délibère et que le délibéré se fasse collégialement. En ce sens, Monsieur Leboulanger énonce clairement que : « *dans les affaires complexes ou dans celles dont l'intérêt en litige est important, la collégialité du tribunal arbitral s'impose naturellement* » (P. LÉBOULANGER, « Principe de collégialité et délibéré arbitral », in *Mélanges en l'honneur de François Knoepfler*, Helbing & Lichtenhahn, 2005, p. 259 et s., spé. n°1, p.259).

⁵⁵⁵ Sur le fondement des articles 1476, 1479 et 1480 du Code de procédure civile, Monsieur Mestre considère que l'arbitre doit délibérer, et qu'il doit délibérer secrètement de manière à aboutir au prononcé d'une sentence (J. MESTRE, « Quelques réflexions sur la pratique du délibéré arbitral », *Rev. arb.*, 2012, p.779 et s., spé. p.780).

⁵⁵⁶ C'est peut-être cette évidence qui justifie qu'aucun texte propre à la procédure arbitrale ne prévienne expressément que les arbitres doivent délibérer ; cela dit, des auteurs ont pu être surpris qu'en dépit du caractère « *fondamental* » du délibéré, celui-ci ne soit pas expressément prévu par le Code de procédure civile en matière d'arbitrage (v° notam. J. BEGUIN, M. MENJUCQ (dir.), *op. cit.*, n°2960, p.1041). C'est aussi peut-être cette évidence qui a conduit Monsieur Giraud à énoncer avec fermeté et sans ressentir le besoin de justifier son propos : « [...] *le tribunal arbitral doit délibérer* » (P. GIRAUD, *op. cit.*, n°102, p.87).

⁵⁵⁷ Pour une définition du délibéré en ce sens, v° P. DRAI, « Le délibéré et l'imagination du juge », in *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Dalloz, 1996, p.107 et s., spé. p.108.

après qu'un délibéré a été tenu⁵⁵⁸ ? Si la décision n'était pas réfléchie, elle serait arbitraire⁵⁵⁹, au lieu d'être le fruit d'un raisonnement rigoureux⁵⁶⁰ mené avec indépendance et impartialité⁵⁶¹. Il y a donc, en arbitrage interne, une obligation de délibérer qui s'impose aux tribunaux arbitraux, sur le même modèle que celle qui s'impose aux juges.

159. Il doit en aller de même pour l'arbitre international, même en l'absence de texte consacrant explicitement l'obligation de délibérer. En effet, le renvoi opéré à l'article 1479 du Code de procédure civile, qui pose le principe du secret des délibérations en matière d'arbitrage interne, par l'article 1506, 4° du même code⁵⁶², met en lumière l'existence d'une obligation de l'arbitre international de délibérer en secret⁵⁶³. Ainsi, sauf à ce que les parties en dispensent les arbitres internationaux, comme les y autorise l'article 1506,4° du Code de procédure civile, ces derniers, à l'instar du juge et des arbitres internes, sont soumis à une obligation de délibérer en secret.

Outre l'obligation de délibérer, l'arbitre est également soumis à une obligation de motiver sa décision, tout comme le juge.

2. L'obligation de motivation

⁵⁵⁸ Pour Monsieur Racine, le délibéré est « *consubstantiel à la fonction juridictionnelle* » (J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, n°820, p.522). Par conséquent, dès lors que les arbitres rendent des sentences dans l'exercice de leur fonction juridictionnelle, ils doivent nécessairement délibérer. Il ne peut pas en aller autrement. *Adde* en ce sens, B. MOREAU, A. BEREGOI, R. DESCOURS-KARMITZ, P.-E. MALLET, A. LELEU, *op. cit.*, n°362.

⁵⁵⁹ En ce sens, v° C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°874, p.865.

⁵⁶⁰ En ce sens, un auteur a pu énoncer : « une décision de justice ne puise sa rationalité que dans la confrontation des arguments qui l'a fait naître » (D. ROUSSEAU, « Une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, n°8).

⁵⁶¹ Monsieur Racine justifie l'importance du délibéré en énonçant : « Le lien avec l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre est fort : le délibéré montre que les juges ne sont pas fait à l'avance » (J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, n°820, p.522).

⁵⁶² L'article 1506, 4° du Code de procédure civile, dans sa rédaction issue du décret du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, énonce : « *A moins que les parties en soient convenues autrement et sous réserve des dispositions du présent titre, s'appliquent à l'arbitrage international les articles : (...) 4° 1479, 1481, 1482, 1484 (alinéas 1 et 2), 1485 (alinéas 1 et 2) et 1486 relatifs à la sentence arbitrale* ».

⁵⁶³ En ce sens, v° C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°874, p.865 ; J. BEGUIN et M. MENJUCQ (dir.), *op. cit.*, n°2960, p.1041 ; B. MOREAU, E. GLUCKSMANN, P. FENG, *op. cit.*, n°241.

160. La motivation est la manière dont le juge, ou l'arbitre, présente les arguments pour justifier sa décision⁵⁶⁴. Elle semble, *a priori*, consubstantielle à l'acte de rendre une décision, ce qui devrait naturellement la rattacher à la fonction juridictionnelle de l'arbitre. On le vérifiera en s'assurant que l'obligation de motivation pèse aussi bien sur le juge (a) que sur l'arbitre (b).

a. L'obligation faite au juge de motiver sa décision

161. L'obligation pour le juge de motiver sa décision est perçue aujourd'hui⁵⁶⁵ comme une évidence⁵⁶⁶, comme une « *réelle exigence du procès* »⁵⁶⁷. Elle repose non seulement sur un fondement conventionnel mais aussi sur un texte du Code de procédure civile.

En effet, la Cour européenne des droits de l'Homme sanctionne, sur le fondement du droit à un procès équitable protégé par l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, les décisions qui ne sont dénuées de motivation⁵⁶⁸. Cette position n'était pourtant pas évidente dès lors que l'exigence de motivation n'est pas explicitement prévue par la Convention. La Cour a donc fait usage de son pouvoir interprétatif⁵⁶⁹ pour consacrer, sur le fondement de l'article 6§1, une obligation de motivation des décisions de justice⁵⁷⁰. Ainsi, dorénavant,

⁵⁶⁴ Pour une définition de la motivation en ce sens, v° A. ANTOINE, D. FAIRGRIEVE, « Écrire les décisions de justice... une comparaison franco-britannique », *Revue du droit public*, 2014, p.759 et s., spé. note de bas de page 26.

⁵⁶⁵ Cette motivation n'a pas toujours été imposée. Messieurs Seraglini et Ortscheidt rappellent en ce sens que « *cette obligation* [i.e. de motiver les décisions de justice], *qui n'a jamais existé dans le droit romain, n'est apparue en France qu'après la Révolution, avec le décret des 16-24 août 1790 et dans la constitution du 5 fructidor an III* » (C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°881, p.871).

⁵⁶⁶ En ce sens, et sans justifier sa position, un auteur considère qu'« il est unanimement admis que la motivation des décisions de justice relève de la catégorie des libertés fondamentales du justiciable au titre du respect de son droit à un procès équitable » (A. BOLZE, « Motivation des jugements et impartialité du juge », *Dalloz actualité*, 28 janvier 2019, obs. sur Civ. 1^e, 19 décembre 2018, n°17-22.056, *Bull I*, n°88).

⁵⁶⁷ L. BERTHIER, A.-B. CAIRE, « La motivation des décisions de justice et la Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 2009, p.677 ; F. ZENATI-CASTAING, « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », *D.*, 2007, p.1553.

⁵⁶⁸ CEDH, *Taxquet c/ Belgique*, 13 janvier 2009, requête n°926/05. Il faut ici préciser que cette décision a été rendue à la suite d'une décision d'une cour d'assises. On est donc davantage en matière pénale qu'en matière civile et commerciale.

⁵⁶⁹ L'interprétation de l'article 6§1 de la Convention aboutissant à la consécration d'une exigence de motivation repose sur la méthode dite d'interprétation dynamique de la Cour : en ce sens, v° L. BERTHIER, A.-B. CAIRE, *op. cit.*

⁵⁷⁰ En ce sens, v° J.-F. RENUCCI, « Intime conviction, motivation des décisions de justice et droit à un procès équitable », *D.*, 2009, p. 1058 ; L. BERTHIER, A.-B. CAIRE, *op. cit.* ; F. ZENATI-CASTAING, « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », *op. cit.* ; N. FRICERO, « Méconnaissent les dispositions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme relatives au droit à un

elle n'hésite plus à considérer que « l'article 6§1 oblige les tribunaux à motiver leurs décisions »⁵⁷¹.

Outre ce fondement conventionnel, le Code de procédure civile impose expressément, cette fois, une obligation générale⁵⁷² de motivation qui vise toutes les décisions de l'ordre judiciaire, en son article 455⁵⁷³. Il est donc clair que le juge est tenu de motiver les décisions qu'il rend.

Cette obligation s'impose également aux arbitres.

b. L'obligation faite à l'arbitre de motiver sa décision

162. L'arbitre interne, tout comme l'arbitre international, doit motiver sa sentence. En matière d'arbitrage interne, cette obligation ressort de l'article 1482, alinéa 2, du Code de procédure civile qui prévoit, dans sa rédaction issue du décret du 13 janvier 2011⁵⁷⁴, que la sentence doit être motivée⁵⁷⁵. L'article 1483, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile frappe de nullité le non-respect de cette exigence. Nul besoin

procès équitable les juridictions de jugement qui ne répondent pas à certains moyens soulevés par les parties », *D.*, 1996, p. 202 ; M. KEBIR, « Motivation du jugement : exigence d'impartialité dans l'exposé des moyens et prétentions », *Gazette du palais*, 23 avril 2019, p.68, note sous Civ. 1^e, 19 décembre 2018, n°17-22.056.

⁵⁷¹ CEDH, 28 juin 2005, *Fourchon c/ France*, requête n°60145/00, § 22 ; CEDH, 8 novembre 2005, *Géniteau c/ France*, requête n°4069/02, § 13 ; CEDH, 15 février 2007, *Bock et Palade c/ Roumanie*, requête n°21740/02, § 69 ; CEDH, 15 février 2007, *Boldea c/ Roumanie*, requête n°19997/02, § 23 ; CEDH, 10 mai 2007, *Mehmet Ali Miçoogullari c/ Turquie*, requête n°75606/01, § 34 ; CEDH, 10 mai 2007, *Adil Özdemir c/ Turquie*, requête n°36531/02, § 34 ; CEDH, 28 juin 2007, *Wagner ET J.M.W.L. c/ Luxembourg*, requête n°76240/01, § 90 ; CEDH, 26 juillet 2007, *Pieri c/ France*, requête n°7091/04, § 13 ; CEDH, 27 septembre 2007, *Sogia Hellas c/ Grèce*, requête n°1989/05, § 21 ; CEDH, 27 septembre 2007, *Raspoptsis c/ Grèce*, requête n°1262/05, § 23 ; CEDH, 22 novembre 2007, *S.C.I. Plélo-Cadiou c/ France*, requête n°12876/04, § 29 ; CEDH, 6 décembre 2007, *De Franchis c/ France*, requête n°15589/05, § 26 ; CEDH, 7 février 2008, *Arsenovici c/ Roumanie*, requête n°77210/01, § 49 ; CEDH, 22 mai 2008, *Tsilira c/ Grèce*, requête n°44035/05, § 25.

⁵⁷² En ce sens, v° N. FRICERO, *Droit et pratique de la procédure civile 2017-2018* (dir. S. GUINCHARD), *op. cit.*, n°412.150.

⁵⁷³ L'article 455, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile, dans sa rédaction issue du décret n°98-1231 du 28 décembre 1998, énonce : « *Le jugement doit exposer succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens. Cet exposé peut revêtir la forme d'un visa des conclusions des parties avec l'indication de leur date. Le jugement doit être motivé* ».

⁵⁷⁴ L'actuel article 1482 du Code de procédure civile reprend presque au mot près l'ancien article 1471 du même code. Monsieur Clay, qui souligne la proximité entre les deux textes, considère néanmoins que l'actuel article 1482 du Code de procédure civile est plus ramassé et plus élégant que l'ancien article 1471 (T. CLAY, *Code de l'arbitrage commenté, op. cit.*, commentaire sous l'article 1482 du Code de procédure civile).

⁵⁷⁵ Cette obligation existait, à en croire Monsieur Delvolvé, avant même le décret de 1980 qui l'a consacrée, en ce sens J.-L. DELVOLVÉ, « Essai sur la motivation des sentences arbitrales », *Rev. arb.*, 1989, p.149.

de s'appesantir sur ce point : si la sentence doit être motivée, à peine de nullité, c'est que l'arbitre a l'obligation de motiver sa décision.

En matière d'arbitrage international, l'obligation de motivation ressort du renvoi opéré à l'article 1482 du Code de procédure civile par l'article 1506, 4^o, du même code. Par l'effet de ce renvoi, l'obligation de motivation n'est pas impérative⁵⁷⁶ pour l'arbitre international qui n'y sera contraint que lorsque les parties ne l'en auront pas dispensé. Cela étant, on imagine peu les parties dispenser les arbitres de motiver leur sentence. En effet, il serait relativement surprenant que des parties acceptent d'avoir une sentence les condamnant ou rejetant leur demande sans les motifs justifiant ces positions. D'ailleurs, Messieurs Seraglini et Ortscheidt relèvent qu'en pratique la « *quasi-totalité des sentences* »⁵⁷⁷ sont motivées. Au vrai, elles le seront toutes *a minima* par le truchement de l'effet direct et indirect sur l'obligation de motivation que produit l'exception d'ordre public.

Par principe, aucune sentence internationale contraire à l'ordre public international suivant sa conception française⁵⁷⁸ ne peut produire d'effet en France, conformément aux dispositions de l'article 1520, 5^o du Code de procédure civile dans sa rédaction issue du décret du 13 janvier 2011. Or, l'ordre public international de procédure s'oppose « *à la reconnaissance d'une décision étrangère non motivée lorsque ne sont pas produits les documents de nature à servir d'équivalents à la motivation défailante* »⁵⁷⁹. Bien que rendu pour un jugement étranger, on peut tout à fait admettre que cette décision puisse trouver à s'appliquer pour les sentences internationales auquel cas il faut alors retenir que l'ordre public impose donc un minimum de motivation. Ce serait l'influence directe sur l'obligation de motivation de l'exception d'ordre public⁵⁸⁰. C'est

⁵⁷⁶ Cette position du droit français, bien que pas isolée en droit comparé puisque la loi suédoise sur l'arbitrage de 1999 prévoit la même solution, reste une solution marginale. En effet, la majorité des législations sur l'arbitrage impose à l'arbitre de motiver sa décision, y compris pour les arbitrages internationaux (en ce sens, v^o le Code judiciaire belge ; le Code de procédure italien, ou encore l'arbitration act anglais de 1996).

⁵⁷⁷ C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n^o881, p.872.

⁵⁷⁸ Comme la cour d'appel de Paris à pu l'énoncer, l'ordre public international « *s'entend de la conception française de l'ordre public [...]* » CA Paris, 14 juin 2001, *Rev. arb.* 2001, p.701 note C. SERAGLINI.

⁵⁷⁹ Civ. 1^e, 22 octobre 2008, n^o06-15.577, *Bull I*, n^o234.

⁵⁸⁰ La cour d'appel a aussi pu annuler une sentence pour défaut de motivation en rattachant cette obligation au procès équitable mais en sanctionnant la sentence non pas pour contrariété à l'ordre public, mais pour non conformité à la mission de l'article, c'est-à-dire en se fondant sur l'article 1520,3^o du Code de procédure civile. En ce sens, v^o CA Paris, 20 novembre 2018, n^o16-10379.

d'ailleurs ce que la cour d'appel de Paris⁵⁸¹ a jugé en prononçant la nullité, pour contrariété à l'ordre public international, de sentences internationales non motivées, en rattachant cette obligation au principe au procès équitable⁵⁸². La cour d'appel n'a pas hésité à se montrer stricte sur cette obligation, laissant entendre que la faculté laissée aux parties de dispenser l'arbitre de motivation doit être appréciée très strictement. En effet, dans une décision relative au contrôle d'une sentence internationale non motivée, la cour d'appel a énoncé : « *l'exigence de motivation des décisions de justice est nécessairement comprise dans la mission des arbitres, même si elle ne figure pas dans le règlement d'arbitrage auquel les parties se sont soumises* ». On pourrait retenir, de cette décision, que chaque fois que les parties n'auront pas expressément dispensé les arbitres de leur obligation de motiver, les arbitres seront alors tenus de motiver leur sentence. Le seul fait de ne pas imposer l'obligation de motivation n'induirait pas que les arbitres n'ont pas à motiver. Si telle était vraiment la volonté des parties au contrat d'arbitre, alors, elles devront expressément prévoir que les arbitres ne motiveront pas leur sentence. On pourrait aussi soutenir, qu'en introduisant dans sa motivation l'adverbe « nécessairement », la cour d'appel a voulu insister sur le fait qu'il ne peut en être autrement : motiver serait consubstantielle à la mission de l'arbitre alors même que le législateur a prévu que l'arbitre peut être dispensé de motiver sa décision si les parties l'ont décidé. Une certaine contradiction ferait donc jour entre d'un côté la jurisprudence qui semble rattacher l'obligation de motiver à la mission de l'arbitre tandis que le législateur autorise les parties à dispenser l'arbitre de motivation. Pour lutter contre cette contradiction, il y aurait peut-être un point d'équilibre à chercher dans la mesure de la dispense de motivation que les parties peuvent donner aux arbitres. Autrement dit, il faudrait alors comprendre que les parties peuvent modifier l'obligation de motivation des sentences par les arbitres internationaux, conformément au Code de procédure civile, sans aller jusqu'à les dispenser complètement, conformément à la position prétorienne. Quoi qu'il en soit, un minimum de motivation devrait être maintenu.

Ce minimum de motivation ressort aussi du fait que l'ordre public procédural s'oppose à la reconnaissance de décisions qui auraient été rendues sans que les droits de

⁵⁸¹ CA Paris, 28 mars 2017, n°15-17742 ; CA Paris, 30 janvier 2018, n°16-11761.

⁵⁸² Pour une présentation en ce sens, v° J. JOURDAN-MARQUES « Chronique d'arbitrage : la motivation au cœur des arrêts », *Dalloz actualité*, 24 décembre 2018.

la défense aient été respectés⁵⁸³, ou encore qu'un tribunal arbitral ait statué sans respecter le principe de la contradiction en statuant sur un motif qu'il aurait relevé d'office sans avoir préalablement invité les parties à s'expliquer dessus⁵⁸⁴. Ce serait l'effet indirect de l'ordre public procédural sur l'obligation de motivation.

Au final, on le voit, si l'arbitre international n'est pas obligé de motiver sa sentence internationale, la dispense que lui en donne les parties ne semble pouvoir être absolue tant le droit français accorde, ce que Motulsky appelait « *une garantie équivalente* » à l'obligation de motivation⁵⁸⁵, par le truchement de l'ordre public procédurale.

163. Quoi qu'il en soit, l'absence de caractère impératif de l'obligation de motivation de la sentence en matière d'arbitrage international ne modifie pas le rattachement de cette obligation à la fonction juridictionnelle. En effet, ce caractère permet simplement de se prononcer sur l'existence de l'obligation et donc la possibilité pour les parties de reprocher à l'arbitre sa violation. Ce qui nous intéresse nous ici, ce n'est pas de caractériser l'existence, permanente ou non, de telle ou telle obligation mais de pouvoir rattacher, lorsqu'elles s'imposent à l'arbitre, telle ou telle obligation à sa fonction de juge ou de prestataire de services pour déterminer la manière dont il engage, en cas de manquement, sa responsabilité. Il s'agit bien de deux opérations intellectuelles différentes : déterminer si l'arbitre est débiteur de telle ou telle obligation et la rattacher à une des fonctions de l'arbitre. S'attachant uniquement à la seconde, le caractère impératif nous est alors indifférent dès lors qu'il n'est utile que pour la première.

Par ailleurs, ce défaut de caractère impératif induit que l'obligation qui pèsera sur l'arbitre trouvera sa source dans l'expression de la volonté des parties. Cela non plus n'a aucun effet sur le rattachement de l'obligation à l'arbitre. L'inverse reviendrait à donner au critère de la source de l'obligation une importance dans le rattachement d'une obligation à la fonction juridictionnelle ou contractuelle de l'arbitre. Or, nous avons évincé ce critère⁵⁸⁶. D'ailleurs, il arrive aussi que les obligations du juge, en partie au

⁵⁸³ Civ. 1^e, 18 mars 1980, *Rev. arb.*, 1980, p.496, note E. METZGER ; CA Paris 28 avril 1976, *Rev. arb.*, 1977, p.151, note M. BOITARD.

⁵⁸⁴ C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°453, p.429.

⁵⁸⁵ H. MOTULSKY, « L'exequatur des sentences étrangères non motivées », in *Écrits, Etudes et notes sur l'arbitrage* (H. MOTULSKY), Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2009, p.408 et s., spé. p.414.

⁵⁸⁶ En ce sens, cf *supra* n°106 et s..

moins, résultent de l'expression de la volonté des parties. Il en est ainsi lorsque celles-ci soumettent le juge à l'obligation de statuer en amiable compositeur. Le fait que cette obligation qui s'impose aux juges émane de la volonté des parties ne modifie en rien son rattachement à la fonction juridictionnelle du juge. En effet, cette obligation du juge ne devient pas une obligation rattachée à ses fonctions administratives du seul fait qu'une disposition législative laisse aux litigants la possibilité de modifier les obligations du juge. Il n'y a donc aucune raison que l'expression de la volonté de parties comme source d'une obligation de l'arbitre en change le rattachement qui en est fait par l'application de notre critère.

Toutes les obligations mentionnées jusqu'à présent, qu'elles soient liées à l'instance ou à la sentence arbitrale, s'imposent à l'arbitre et au juge sous la même dénomination. La comparaison doit désormais se poursuivre sur un terrain plus substantiel, pour vérifier que ces obligations revêtent le même contenu lorsqu'elles s'appliquent au juge et à l'arbitre.

§2) Des obligations de contenu identique

Les obligations que l'arbitre et le juge partagent au stade de l'instance (A) et au stade de la sentence (B) sont similaires non seulement par leur dénomination, mais encore par leur contenu. C'est ce qui permettra de les rattacher pleinement à la fonction juridictionnelle de l'arbitre.

A) Les obligations liées à l'instance

On étudiera successivement les obligations qui, se rattachant aux principes directeurs du procès, s'imposent à l'arbitre comme au juge au stade de l'instance : celles de respecter le principe dispositif (1), la contradiction (2), la loyauté (3) et l'égalité (4). Il s'agira ici de vérifier que ces principes recouvrent des réalités identiques, lorsqu'elles s'appliquent aux juges et aux arbitres.

1. *Le respect du principe dispositif*

La démonstration de l'identité du contenu du principe dispositif, selon qu'il s'applique au juge ou à l'arbitre, suppose d'appréhender ce principe dans ses deux dimensions qui impliquent des obligations pour ces acteurs⁵⁸⁷, à savoir : l'objet du litige (a) et les faits du litige (b).

a. L'objet du litige

164. En ce qu'il touche à l'objet du litige, le principe dispositif présente deux facettes qui sont énoncées par les articles 4 et 5 du Code de procédure civile. D'abord, dans une acception positive (α), il veut que les parties aient la maîtrise de la définition de l'objet du litige et ainsi qu'elles déterminent le périmètre dans lequel le juge doit trancher le litige⁵⁸⁸. D'autre part, dans une acception négative (β), il rend le litige indisponible pour le juge⁵⁸⁹.

⁵⁸⁷ Un troisième aspect du principe dispositif concerne la preuve des faits du litige. Toutefois, dans cette dimension, le principe n'impose pas à proprement parler d'obligation au juge ou à l'arbitre. Il implique seulement des obligations pour les parties et des pouvoirs pour les juges et les arbitres. Ainsi, selon l'article 9 du Code de procédure civile, qui se traduit par l'adage latin *Actori incumbit probatio*, il appartient aux parties de rapporter la preuve des faits sur lesquels elles se fondent. L'article 10 du Code de procédure civile, pour sa part, énonce que « *le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles* », cette même idée se retrouvant à travers l'article 11, alinéa 1^{er}, du même Code. Il en résulte que la preuve des faits est la chose des parties et que le juge n'a, dans ce processus, que de simples pouvoirs d'instruction et non des obligations. Il en va de même en matière d'arbitrage, par l'effet du renvoi de l'article 1464 alinéa 2 du Code de procédure civile aux articles 9 et 10 et au premier alinéa de l'article 11 du même code. La Cour de cassation a d'ailleurs confirmé que « *les dispositions de l'article 9 du nouveau Code de procédure civile en vertu desquelles il incombe à chaque partie de prouver les faits nécessaires au succès de sa prétention sont, selon l'article 1460 [actuel article 1464], alinéa 2, du même Code, toujours applicables à l'instance arbitrale même si l'arbitre statue comme amiable compositeur* » (Civ. 2^e, 28 février 1990, n°88-19.638, *Bull II*, n°43). Une telle décision n'offre aucun doute quant au fait qu'il appartient aux parties de supporter la charge probatoire des faits qu'elles avancent au soutien de leurs prétentions, sans que l'arbitre ne soit, sur ce fondement, débiteur d'une quelconque obligation. Certes, l'arbitre a des obligations au regard de la preuve, qui ne découlent cependant pas du principe dispositif mais d'autres principes, tel celui du contradictoire ou de l'égalité de traitement des parties (en ce sens, v° G. FLECHEUX, « La preuve dans les arbitrages internationaux », in *L'internationalité dans les institutions et le droit : convergences et défis : études offertes à Alain Plantey*, Pédone, 1995, p.321 et s., spé. p.322). Ces obligations seront traitées postérieurement : v° *infra*, n°172 et s. pour le principe de la contradiction et n°187 et s. pour le principe d'égalité.

⁵⁸⁸ Certains ont pu retenir une approche restrictive du principe du dispositif en le limitant à ces seuls articles 4 et 5 du Code de procédure civile. En effet, dans sa thèse, Monsieur Giraud a pu énoncer « *Il [le principe dispositif] est défini aux articles 4 et 5 du Code de procédure civile, qui forment une section II intitulée « L'objet du litige » au sein du premier chapitre de ce Code. Ces deux articles énoncent le principe dispositif qui définit le rôle respectif du juge - ici, de l'arbitre - et des parties dans la délimitation de la matière litigieuse* » (P. GIRAUD, *op. cit.*, n°58, p.58).

⁵⁸⁹ En ce sens, v° L. WEILLER, *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, v° Principes directeurs du procès, 2016, spé. n°82 ; J. HERON, T. LE BARS, K. SALHI, *Droit judiciaire privé*, LGD], coll. Précis dompta droit privé, 7e édition, 2019, spé. n°273, p.228.

α. L'acception positive du principe dispositif appliqué à
l'objet du litige

165. Devant le juge, l'objet du litige est délimité par les parties⁵⁹⁰. En effet, ce sont les prétentions respectives des parties qui déterminent l'objet du litige dans le cadre duquel l'office du juge est enserré. C'est ce que la Cour de cassation rappelle régulièrement⁵⁹¹.

Il en va de même dans la procédure arbitrale. Ainsi, dans une procédure d'arbitrage interne, la Cour de cassation a affirmé que « *la mission des arbitres, définie par la convention d'arbitrage, est délimitée principalement par l'objet du litige, tel qu'il est déterminé par les prétentions des parties* »⁵⁹². Plus récemment, la Haute juridiction a énoncé : « *la mission de l'arbitre, définie par la convention d'arbitrage, est délimitée principalement par l'objet du litige, tel qu'il est déterminé par les prétentions des parties, sans qu'il y ait lieu de s'attacher au seul énoncé des questions litigieuses dans l'acte de mission* »⁵⁹³.

Il apparaît alors sans difficulté que, tant dans la procédure judiciaire que dans la procédure arbitrale interne ou internationale, il appartient aux parties de déterminer l'objet du litige par leurs prétentions respectives.

166. Certes, il existe une différence dans la façon dont les parties fixent leurs prétentions. En matière judiciaire, ce sont les conclusions échangées par les parties qui déterminent l'objet du litige. En matière arbitrale, cela peut être moins évident car l'origine contractuelle de cette justice peut conduire les parties à fixer leurs prétentions dans d'autres documents que leurs seules conclusions, par exemple dans le compromis⁵⁹⁴ ou dans l'acte de mission⁵⁹⁵. Ces deux actes sont nécessairement propres

⁵⁹⁰ L'objet de cette étude n'étant pas d'entrer dans le détail du principe dispositif, il sera admis que les prétentions sont entendues comme une « *affirmation en justice tendant à réclamer quelque chose, soit de la part du demandeur (par demande principale ou additionnelle)* », soit de la part du défendeur (par demande reconventionnelle) et dont l'ensemble (prétentions respectives) détermine l'objet du litige (dans la mesure où chacun s'oppose à la prétention adverse) » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° Prétention, p.715).

⁵⁹¹ Pour quelques illustrations, v° Civ. 2^e, 28 juin 2018, n°17-17.979 ; Civ. 2^e, 17 mai 2018, n°17-17.259 ; Civ. 2^e, 8 février 2018, n°16-25.547.

⁵⁹² En ce sens, v° Civ. 2^e, 24 juin 2004, *Spedidam c/ Adami*, n°02-16.329, *Bull II*, n°310 ; Civ. 1^e, 29 juin 2011, n°10-16.680, *Bull I*, n°126 ; Civ. 1^e, 13 mars 2013, n°12-20.573, *Bull I*, n°40.

⁵⁹³ Civ. 1^e, 20 juin 2012, n°10-21.375.

⁵⁹⁴ C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, op. cit., n°379, p.374.

⁵⁹⁵ L'acte de mission peut être défini comme l'acte « a pour objet d'exposer les prétentions des parties, d'identifier les points sur lesquels le tribunal arbitral devra se prononcer et d'arrêter les principales règles

à la procédure arbitrale et viennent donc compléter les écritures des parties. Il est même des hypothèses dans lesquelles l'acte de mission peut interdire aux parties de soumettre de nouvelles demandes aux arbitres postérieurement à sa formation⁵⁹⁶. Quoi qu'il en soit, même si les moyens sont différents, le résultat est le même : ce sont bien les parties qui enserrant l'office de l'arbitre⁵⁹⁷.

Ainsi, le juge doit statuer sur toutes les demandes qui lui sont faites et qui sont réunies dans les conclusions des parties. Exactement de la même manière, l'arbitre doit statuer sur toutes les demandes qui lui sont soumises par les parties, à travers la convention d'arbitrage, éventuellement l'acte de mission – quand il y en a un, ce qui n'est pas une obligation –, et leurs conclusions⁵⁹⁸. Il appartient donc aux parties de définir les limites de l'office du juge ou de l'arbitre, lesquels doivent répondre à l'ensemble des prétentions.

Dans son acception positive, en ce qu'il a trait à l'étendue du litige, le principe dispositif présente donc le même contenu en matière arbitrale qu'en matière judiciaire. Il en va de même de l'acception négative du principe dispositif.

β. L'acception négative du principe du dispositif appliqué à l'objet du litige

167. Dans son approche négative, le principe dispositif implique l'indisponibilité de l'objet du litige pour le juge. Ainsi compris, il recouvre la même réalité lorsqu'il s'impose à l'arbitre.

Au sujet du juge, des auteurs ont pu énoncer que le principe dispositif pose « *un principe d'immutabilité du litige* » qui implique que « *si un plaideur a demandé quelque*

qui régissent le déroulement de la procédure arbitrale » (P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, spé. n°1128, p.681). Pour une présentation de cet acte, v° J.-J. ARNALDEZ, « L'acte déterminant la mission de l'arbitre », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p.1 et s.

⁵⁹⁶ C'est le cas notamment de l'article 23-4 du règlement d'arbitrage de la CCI, institution arbitrale qui a fait de l'acte de mission une de ses « marques de fabrique » (J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage, op. cit.*, n°612, p.406).

⁵⁹⁷ En ce sens, v° P. GIRAUD, *op. cit.*, n°370, p.305 ; L. WEILLER, « Retour sur la liberté de choix des parties à l'épreuve de l'office de l'arbitre », *Les cahiers de l'arbitrage*, 2018, p.205 et s., spé. n°8, p.208.

⁵⁹⁸ En ce sens, la Cour de cassation a considéré que « la mission de l'arbitre, définie par la convention d'arbitrage, est délimitée principalement par l'objet du litige, tel qu'il est déterminé par les prétentions de parties ; que la cour d'appel a exactement retenu que les arbitres investis par une clause d'arbitrage qui leur soumettait "tout litige relatif au présent contrat", pouvaient statuer sur toutes les demandes qui leur étaient soumises à cet égard, sans s'attacher uniquement à l'énoncé des questions litigieuses dans l'acte de mission » (Civ. 1^e, 6 mars 1996, n°94-13.092, *Bull I*, n°115 ; *Rev. arb.*, 1997, p. 67, note J.-J. ARNALDEZ). Adde Civ. 2^e, 24 juin 2004, n°02-16.329 ; Com., 29 juin 2010, n°09-15.810).

chose, le magistrat n'a pas le droit de faire comme s'il avait demandé autre chose. Il n' pas à modifier les demandes »⁵⁹⁹. Faisant application de cette idée, la Cour de cassation a pu censurer une cour d'appel pour avoir dénaturé l'objet du litige, en violation de l'article 4 du Code de procédure civile, et avoir ainsi méconnu le principe dispositif, en condamnant une société à indemniser une autre société pour une simple perte de trésorerie alors qu'il ressortait des prétentions des parties qu'était sollicitée l'indemnisation d'une perte illégitime de trésorerie ayant contribué au placement de la société victime en redressement judiciaire puis en liquidation⁶⁰⁰.

Les mêmes principes s'imposent à l'arbitre⁶⁰¹. Comme le juge, il n'a aucune prise sur l'étendue du litige, qu'il ne peut modifier. Cette indisponibilité du litige pour l'arbitre s'applique « même lorsqu'il se prononce en qualité d'amiable compositeur »⁶⁰². Ce principe dispositif guide le comportement de celui qui doit régler le litige en lui adressant des interdictions : ne statuer ni *infra*, ni *ultra*⁶⁰³ ni *extra petita*. Autrement dit, « l'objet du litige est ainsi indisponible pour l'arbitre [comme pour le juge], qui ne peut en modifier les contours et est lié par ceux définis par les parties »⁶⁰⁴ lui imposant de statuer *omnia petita*⁶⁰⁵. La jurisprudence est en ce sens. Ainsi, la Cour de cassation a pu, pour rejeter un pourvoi, énoncer que « le tribunal était saisi d'une demande de condamnation solidaire des sociétés Lapeyre et GME à payer : à la société Sodilap la somme de 65 310 000 francs, à la société Saniser la somme de 21 816 000 francs et à M. X... la somme de 7 250 000 francs et que, loin d'avoir accepté la globalisation des demandes, qui n'était pas faite par les demandeurs, les sociétés Lapeyre et GME se sont contentées de souligner l'importance du montant des sommes réclamées ; qu'ainsi, la cour d'appel, qui a retenu que le tribunal arbitral n'avait pas respecté la mission qui lui était confiée en allouant à M. X... une somme

⁵⁹⁹ J. HERON, T. LE BARS, K. SALHI, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, spé. n°273, p.228.

⁶⁰⁰ Civ. 3^e, 22 novembre 2018, n°17-26.366 ; pour une autre illustration, v° Soc., 21 novembre 2018, n°17-17.758.

⁶⁰¹ En ce sens, v° CA Paris, 9 septembre 2010, *Société Marriott International Hotels Inc. c/ société Jnah Developpement SA*, *Rev. arb.*, 2011, p.970, pour une décision rejetant un recours en nullité d'une sentence en contrôlant que les arbitres internationaux se sont conformés au principe dispositif en ne statuant pas *ultra petita*.

⁶⁰² C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°379, p.375.

⁶⁰³ Pour une interdiction faite à l'arbitre de statuer uniquement *ultra petita*, v° L. BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *op. cit.*, n°681, p.545.

⁶⁰⁴ En ce sens, v° CA Paris, 27 novembre 2008, *Société GFI informatique SA c/ société Engineering Ingegneria Informatica SPA et autres*, *Rev. arb.*, 2009, p. 229 ; CA Paris, 24 mars 2005, *OMVS c/ Société Acciona*, *Rev. arb.*, 2005, p.791.

⁶⁰⁵ T. CLAY, *L'arbitre, op. cit.*, n°829-830, p.636-637 ; J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage, op. cit.*, n°949, p.590.

supérieure à celle qu'il réclamait, a légalement justifié sa décision »⁶⁰⁶. Ici, l'arbitre se voit donc reprocher de n'avoir pas respecté sa mission en allouant une somme supérieure à la somme réclamée. À travers le non-respect de sa mission, c'est bien le principe dispositif qui est à l'œuvre.

Il ne fait donc aucun doute que cet aspect du principe dispositif s'applique identiquement au juge et à l'arbitre, interne et international. La même identité de contenu se trouve au sujet des faits qui entourent le litige.

b. Les faits du litige

168. En ce qu'il concerne les faits du litige, le principe dispositif est énoncé aux articles 6 à 8 du Code de procédure civile, lesquels forment ensemble la section 3 du chapitre premier consacré aux principes directeurs du procès. Dans cette dimension, le principe dispositif fait reposer l'allégation des faits sur les parties⁶⁰⁷ et non pas sur le juge, conformément à l'article 6 du Code de procédure civile. Cela implique que les faits allégués par les parties seront les seuls sur lesquels l'arbitre pourra se fonder pour trancher le litige, conformément à l'alinéa 1^{er} de l'article 7 du Code de procédure civile. Aussi, la Cour de cassation n'hésite pas à censurer des décisions de juges du fond qui se prononcent sur la base de faits qui n'étaient pas dans le débat⁶⁰⁸.

L'application de cet aspect du principe dispositif à l'arbitre est admise largement, du moins dans son principe, par la doctrine⁶⁰⁹. Pour une large partie doctrine, le rapport que l'arbitre doit entretenir avec les faits est le même que celui du juge.

⁶⁰⁶ Com., 9 juillet 2002, n°01-01.750.

⁶⁰⁷ On retrouve cette idée dans l'adage latin « *Da mihi facta, labo tibi jus* » (en ce sens, v° L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privée*, op. cit., spé. n°527, p.504). Dans le même sens, Cornu a pu dire : « *la première proposition [Da mihi factum] met l'accent – c'est son propos essentiel – sur la charge des parités. Il leur incombe : 1) d'alléguer (article 6) ; 2) d'expliquer (article 8)* » (G. CORNU, « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragments d'un état des questions) », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p.83 et s., spé. p.87).

⁶⁰⁸ Pour quelques illustrations, v° Com., 17 octobre 2018, n°17-17.936 ; Civ. 1^e, 8 février 2017, n°15-26.133, *Bull I*, n°39 ; Com., 6 décembre 2017, n°15-18.470 ; Civ. 1^e, 18 novembre 2015, n°14-26.544.

⁶⁰⁹ C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, op. cit., n°382, p.377-378 ; P. LEVEL, « Brèves réflexions sur l'office de l'arbitre », op. cit., n°9, p.265 (« Les moyens de fait que les parties opposent à l'appui de leurs prétentions sont normalement de leur domaine et de leur initiative ») ; G. BOLARD, « Les principes directeurs du procès arbitral », op. cit., n°7, p.518 ; J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, op. cit., n°581, p.389 (« Les dispositions relatives aux faits sont également applicables à l'arbitrage ») ; P. GIRAUD, op. cit., n°92, p.96.

169. Au-delà, l'étendue de cette obligation semble être la même pour le juge et l'arbitre. En effet, l'article 7, alinéa 2, du Code de procédure civile autorise le juge de prendre en considération les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions. La doctrine s'est alors interrogée sur cette question des faits adventices⁶¹⁰ en se demandant si l'arbitre était autorisé à se fonder sur « *les faits que les parties allèguent sans les "invoquer spécialement", en pratique sans les qualifier juridiquement et donc sans en déduire d'effet juridique* »⁶¹¹. Les auteurs qui se sont penchés sur cette question optent pour une position claire et tranchée, en faveur de l'assimilation des pouvoirs de l'arbitre à ceux du juge : « *Le tribunal arbitral a toujours la liberté, comme n'importe quel juge civil, de prendre en considération parmi les éléments du débat les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leur prétentions* »⁶¹². D'ailleurs, il convient de relever que, dans cette assertion, Monsieur Racine évoque très clairement la notion de faits adventices⁶¹³. Pour cet auteur, l'arbitre, comme le juge, peut prendre en considération les faits adventices. Ce faisant, l'auteur souligne qu'il faut assimiler très largement l'office de l'arbitre à celui du juge, en ce qui concerne l'appréhension des faits du litige. Cette position doctrinale est conforme à l'article 1464, alinéa 2, du Code de procédure civile qui prévoit l'application des articles 4 à 10 du Code de procédure civile à l'arbitre.

170. Enfin, cette assimilation entre les pouvoirs du juge et de l'arbitre quant aux faits de la cause se retrouve également dans ce que l'arbitre, comme le juge, peut « *inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige* ». Cette possibilité, offerte au juge par l'article 8 du Code de procédure civile, est également reconnue à l'arbitre, sur le même fondement mais par renvoi de l'article 1464, alinéa 2, du Code de procédure civile.

⁶¹⁰ L'utilisation de cette terminologie revient à H. MOTULSKY, « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *D.*, 1964, chron. p.235.

⁶¹¹ G. BOLARD, « Les faits tirés du dossier », in *Justice et Droit Fondamentaux, Études offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p.43 et s., spé. n°1, p.43.

⁶¹² J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, n°580, p.389. Dans le même sens, v° C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°382, p. 377-378 ; P. LEVEL, « Brèves réflexions sur l'office de l'arbitre », *op. cit.*, n°9, p.265.

⁶¹³ D'autres auteurs ont pu également énoncer que « Cette faculté offerte au tribunal arbitral lui permet de fonder sa décision sur des faits tirés du dossier que les parties n'auraient pas spécialement allégués. Il peut donc puiser dans les pièces qui lui sont soumises par les parties des éléments de fait qu'elles ont oublié d'invoquer, ou qu'elles ont volontairement choisi de faire sans être tenu d'inviter préalablement les parties à s'en expliquer » (C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°382, p.377-378).

171. De l'étude que l'on vient de mener relativement au principe dispositif, il ressort que l'arbitre est, comme le juge, tenu par l'objet du litige tel qu'il est déterminé par les parties. Il ne peut se prononcer qu'en prenant en compte les éléments factuels que les parties ont invoqués à l'appui de leurs demandes respectives. Autrement dit, le principe dispositif impose au juge ce qu'il impose à l'arbitre. L'obligation de respecter le principe dispositif se présente donc sous la même dénomination et le même contenu pour l'arbitre et pour le juge, ce qui permet indubitablement de la rattacher aux obligations juridictionnelles de l'arbitre⁶¹⁴.

Il convient de procéder à la même vérification s'agissant du contenu du principe de la contradiction.

2. *Le respect du principe de la contradiction*

Puisque le principe de la contradiction s'applique à l'arbitre interne et à l'arbitre international sur des fondements différents⁶¹⁵, la vérification du contenu de ce principe sera envisagée d'abord en ce qu'il s'impose à l'arbitre interne (a) puis en ce qu'il lie l'arbitre international (b).

a. Le contenu du principe de la contradiction imposé à l'arbitre interne

172. En matière d'arbitrage interne, il convient de rappeler qu'il est fait un renvoi exprès aux articles 14, 15 et 16 du Code de procédure civile qui forment à eux trois le siège du principe de la contradiction pour le juge. À ce sujet, présentant le principe du contradictoire pour la procédure judiciaire, Messieurs Cadiet et Jeuland développent les contours de cette notion autour de ces trois articles qui forment trois piliers : le droit d'être entendu (article 14), l'obligation de communication (article 15) et l'obligation qui est faite au juge de respecter et faire respecter le contradictoire (article 16), ce qui implique que le juge ne peut, pour sa décision, ne retenir que les moyens,

⁶¹⁴ En ce sens, Monsieur Racine a pu considérer que la question du principe du dispositif en matière arbitrale renvoie à une question « *ancienne et consubstantielle au procès civil* » (J.-B. RACINE, *Rev. arb.* 2017, p.221 et s., spé. p.225, note sous CA Paris, 10 mai 2016, *Mutuelle Centre de Gestion Mutualiste Partage – CGMP et autres c/ Mutuelle nationale des personnels Air France « MNPAF »*).

⁶¹⁵ V° *supra*, n°139 et s..

explications et documents dont les parties auront pu débattre contradictoirement⁶¹⁶. Dès lors que l'article 1464, alinéa 2, du Code de procédure civile rend expressément ces textes applicables en matière d'arbitrage interne, le principe du contradictoire devrait naturellement s'imposer à l'arbitre interne avec le même contenu que celui qui s'impose au juge. Cet argument purement textuel se retrouve à la fois dans la doctrine et la jurisprudence.

173. Ainsi, lorsqu'ils appréhendent le respect du principe du contradictoire pour l'arbitre interne, les auteurs n'hésitent pas à le définir en se fondant sur les textes du Code de procédure civile qui s'appliquent dans les procédures civile et commerciale⁶¹⁷. Autrement dit, pour la doctrine, le contour du principe de la contradiction pesant sur l'arbitre doit être dessiné à l'aune des textes qui forment le siège de ce même principe pour le juge. C'est dire si les notions sont similaires. Ainsi, par exemple, pour Monsieur Loquin, le « contenu du principe de la contradiction » qui s'impose à l'arbitre est le suivant : « *Le respect du contradictoire s'organise, aux termes des articles 14, 15 et 16 du Code de procédure civile autour de trois principes. D'une part, chacune des parties doit pouvoir se faire entendre par les arbitres (1). D'autre part, chacune des parties doit pouvoir discuter les arguments de son adversaire (2), [de même que] les éléments de fait et de droit recueillis par l'arbitre (3)* »⁶¹⁸. Autrement dit, pour cet auteur, dont l'opinion est largement partagée, le principe de la contradiction qui s'impose dans la procédure arbitrale est en tout point identique à celui de la procédure judiciaire⁶¹⁹.

⁶¹⁶ En ce sens, v° L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privée, op. cit.*, spé. n°504 à 539, p.470 à 523.

⁶¹⁷ Madame Kessedjian a énoncé cela très clairement en précisant : « le contenu exact du principe de la contradiction sera, la plupart du temps, dicté par les dispositions procédurales applicables au procès civil ou commercial devant les juridictions nationales de droit commun, dans leurs règles les plus fondamentales ainsi que le fait droit français de l'arbitrage. Ce sont donc également ces dispositions qui devront être consultées » (C. KESSEDJIAN, « Principe de la contraction et arbitrage », *Rev. arb.*, 1995, p.381 et s., spé. p.389). En ce sens également, Messieurs Seraglini et Ortscheidt, lorsqu'ils définissent le principe de la contradiction tel qu'il s'impose à l'arbitre, se réfèrent à l'article 16, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile (C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°389, p.384-385).

⁶¹⁸ E. LOQUIN, *Encyclopédie JurisClasseur Procédure civile*, Fasc. 1036, *op. cit.*, n°81.

⁶¹⁹ Dans le sens de cette similitude, un auteur n'hésite pas à énoncer : « Ce qui importe au regard de l'article 16, et de la jurisprudence précédemment rappelée, c'est que le juge ou l'arbitre retienne seulement et uniquement des faits et des règles de droit soumis à la discussion des parties. Ni le juge ni l'arbitre ne sont autorisés, comme dans un mauvais film, à juger "par surprise". Il n'en résulte pas que, du raisonnement de l'arbitre ou du juge, tout élément de fait ou de droit doit avoir été effectivement débattu : il suffit que chaque partie ait été appelée à en débattre, soit par l'adversaire quand il soulève le moyen en temps utile (article 15), soit par le juge quand il le relève d'office (article 16) ». Pour chaque point de sa démonstration, l'auteur vise inlassablement « l'arbitre ou le juge », soulignant ainsi que le principe de la contradiction s'impose de la même façon à l'un et à l'autre (G. BOLARD, « Les principes directeurs du procès arbitral », *op. cit.*, n°18, p.529).

174. La jurisprudence a également eu recours à ce renvoi pour définir le principe de la contradiction qui pèse sur l'arbitre. En effet, la cour d'appel de Paris a pu énoncer que les arbitres « *sont tenus de respecter les principes directeurs du procès et spécialement le principe de la contradiction, toujours applicable dans l'instance arbitrale* »⁶²⁰. Ainsi, pour la cour d'appel, le principe de la contradiction qui s'impose à l'arbitre est celui issu des principes directeurs du procès, c'est-à-dire celui qui pèse sur le juge, sur le fondement des règles énoncées au chapitre Ier du Code de procédure civile⁶²¹.

Prolongeant cette logique, la cour d'appel de Paris a eu l'occasion de délimiter le périmètre du principe du contradictoire qui pèse sur l'arbitre de la même manière que le Code de procédure civile le fait pour le juge. Elle a ainsi considéré que ce principe « *suppose que chaque partie ait été en mesure de faire valoir ses moyens de fait et de droit, de connaître ceux de son adversaire et de les discuter ; ensuite qu'aucune écriture, qu'aucun document n'ait été porté à la connaissance des arbitres sans être également communiqué à l'autre partie*⁶²² ; *enfin qu'aucun moyen, de fait ou de droit, ne soit relevé d'office par le tribunal arbitral sans que les parties aient été invitées à présenter leurs observations* »⁶²³. Dans cette décision, on retrouve les trois piliers du principe de la contradiction tel qu'il est défini par le Code de procédure civile : le droit d'être entendu ; l'obligation de communication ; l'obligation du juge de respecter et faire respecter le contradictoire. On voit ici que le principe de la contradiction applicable à la procédure arbitrale interne se présente sous le même jour que celui qui s'impose dans la procédure judiciaire. Cette assimilation conduit même parfois les juges à évoquer le juge en lieu et place de l'arbitre lorsqu'ils font appel au principe de la contradiction⁶²⁴, ce qui montre à quel point l'identité de contenu est ancrée dans la jurisprudence.

⁶²⁰ CA Paris, 7 novembre 1996, *Rev. arb.*, 1997, p.185, note S. GUINCHARD.

⁶²¹ En ce sens, v° G. CORNU, « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragments d'un état des questions) », *op. cit.*, p. 87 ; L. BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *op. cit.*, n°679, p.543. Pour un débat sur la notion de principes directeurs v° G. BOLARD, « Les principes directeurs du procès arbitral », *op. cit.*, n°4, p.514-516.

⁶²² Sur l'aspect « *obligation de communication* » du principe de la contradiction, v° CA Paris, 10 novembre 1989, *Ganen c/ Ajalbert et autres*, *Rev. arb.*, 1991, p.651 qui associe la production des pièces au respect du principe de la contradiction.

⁶²³ L. JAEGGER, *Rev. arb.*, 2004, p.369, note sous CA Paris, 16 janvier 2003.

⁶²⁴ En ce sens, la cour d'appel de Versailles a énoncé « que si l'article 10 du NCPC, qui s'impose aux arbitres, autorise le juge à ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles, cette liberté doit s'exercer dans le cadre du respect du contradictoire qui s'impose au juge en toutes circonstances et, qu'il est constant que le juge ne peut procéder à des constatations par transport sur les

175. Il résulte de l'ensemble de ces éléments que l'arbitre, comme le juge, doit faire respecter et respecter lui-même le principe du contradictoire. Cela se traduit par deux séries d'obligations⁶²⁵.

D'abord, pour « *faire respecter le principe du contradictoire* », l'arbitre doit s'assurer de deux choses : il doit veiller, d'une part, à ce que les parties aient été entendues et, d'autre part, à ce qu'elles aient été en mesure de discuter des moyens de fait et de droit de l'adversaire⁶²⁶. Autrement dit, l'arbitre doit faire respecter le droit des parties d'être entendues et leur obligation de communication.

Ensuite, pour « *respecter le principe du contradictoire* », l'arbitre doit également porter son attention sur deux points. En premier lieu, il ne peut pas fonder sa décision sur une mesure d'instruction, qu'il peut ordonner⁶²⁷, mais qui n'aurait pas été réalisée contradictoirement. En second lieu, l'arbitre doit soumettre au débat des parties les moyens qu'il aurait relevés d'office⁶²⁸.

Les mêmes exigences s'imposent en matière d'arbitrage international.

b. Le contenu du principe de la contradiction imposé à l'arbitre international

lieux sans débat contradictoire, après exécution de cette mesure » (CA Versailles, 27 mai 1999, *RTD Com.*, 2000, p.337, note E. LOQUIN, « Le principe du contradictoire en matière d'arbitrage »).

⁶²⁵ Pour une présentation ainsi structurée du principe de la contradiction, v° S. GUINCHARD, « L'arbitrage et le respect du principe du contradictoire (à propos de quelques décisions rendues en 1996) », *op. cit.*

⁶²⁶ En ce sens, v° C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°389, p.384 ; D. BENSUAUDE, « De la difficulté de respecter le principe de la contradiction lorsque l'arbitrage ne dure que quelques jours », *Gazette du palais*, 8 janvier 2013, n°113a7, note sous CA Paris, 16 octobre 2012, n°11-08327 ; J.-C. DUBARRY, E. LOQUIN, « Arbitrage. Principe de la contradiction. Communication de pièces après la date de clôture des débats, Prise en considération par les arbitres », *RTD. Com.*, 1992, p.589, note sous CA Paris, 10 novembre 1989, *Ganen c/ Ajalbert et autres*. Pour une illustration d'une hypothèse dans laquelle il a été jugé que le principe de la contradiction n'est pas violé quand les parties au procès arbitral ont eu communication de toutes les pièces de la cause v° Civ. 1^{er}, 13 janvier 2000, n°98-13.699.

⁶²⁷ En ce sens, v° article 1467 du Code de procédure civile.

⁶²⁸ G. BOLARD, « Les principes directeurs du procès arbitral », *op. cit.*, n°16, p.526. Pour une illustration en matière d'arbitrage interne, où une violation du contradictoire a été retenue à l'encontre d'un tribunal arbitral qui avait statué sur une perte de chance relevée d'office et non soumise au débat, v° CA Paris, 15 mai 2008, *Rev. arb.*, 2010, p.105. À l'inverse, le tribunal arbitral ne viole pas le principe de la contradiction lorsqu'il statue sur un élément qui était dans le débat (en ce sens, v° Civ. 1^{er}, 12 juillet 2017, n°16-18.328). En tout état de cause, rappelons que l'arbitre n'a pas le devoir de relever d'office mais simplement la faculté de relever d'office. D'ailleurs, cette faculté qui est aujourd'hui accordée à l'arbitre (en ce sens J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, n°599, p.399) a fait l'objet d'un vif débat (v° C. CHAINAIS, « L'arbitre, le droit et la contradiction : l'office du juge arbitral à la recherche de son point d'équilibre », *Rev. arb.*, 2010, p.3 et s.).

176. Si l'application du principe de la contradiction au sein des procédures d'arbitrage internes s'opère par le truchement d'un renvoi exprès des textes, tel n'est pas le cas en matière d'arbitrage international⁶²⁹. Il est alors moins évident d'en préciser les contours en ce domaine. Pourtant, ici encore, la doctrine comme la jurisprudence considèrent que le contenu de ce principe s'applique de manière identique à l'arbitre international et au juge.

177. Ainsi, les auteurs considèrent unanimement que le principe de la contradiction s'impose à l'arbitre international de la même façon qu'à l'arbitre interne et, en conséquence, qu'au juge⁶³⁰. En ce sens, les arbitres sont traités comme les juges qui, eux aussi, sont soumis à un principe de la contradiction qui revêt la même réalité pour les juges internes que pour les juges étrangers. En effet, en droit international privé, les jugements étrangers ne peuvent produire d'effet en droit interne qu'à la condition de ne pas être contraires à l'ordre public procédural international⁶³¹ et donc au principe de la contradiction. Pour que tel soit le cas, deux solutions étaient possibles. La première solution aurait voulu que le jugement étranger puisse être considéré conforme à l'ordre public procédural international dès lors qu'il aurait été rendu dans le respect des principes processuels fondamentaux, notamment du principe de la contradiction, entendus au sens du droit étranger en cause. La seconde solution veut elle que le jugement étranger soit considéré comme conforme à l'ordre public procédural international chaque fois qu'il a été rendu dans le respect du principe de la contradiction au sens du droit français⁶³². Cette seconde solution, qui a été préférée aussi bien par la Cour européenne des droits de l'Homme⁶³³ que par le juge français⁶³⁴, conduit à imposer

⁶²⁹ V° *supra*, n°145.

⁶³⁰ Pour Monsieur Guinchard, cette position « *ne fait que traduire en droit positif la valeur fondamentale du principe du contradictoire* » (S. GUINCHARD, *op. cit.*, p. 186) ; pour Madame Kessedjian, le principe du contradictoire en droit français de l'arbitrage repose sur une structure identique suivant qu'il s'applique à l'arbitre interne ou international. Pour cet auteur, la seule différence entre les deux réside dans le fait qu'en matière d'arbitrage international, les parties peuvent conventionnellement décider de l'évincer (C. KESSEDJIAN, « Principe de la contradiction et arbitrage », *op. cit.*, p. 383).

⁶³¹ Pour une illustration du rejet d'accord l'exequatur à un jugement étranger ayant été rendu en violation de la conception française de l'ordre public international de procédure, v° Civ. 1^e, 9 septembre 2015, n°14-13.641, *Bull I*, n°112.

⁶³² J.-M. JACQUET, P. DELEBECQUE, S. CORNELOUP, *Droit du commerce international*, *op. cit.*, spé. n°1015, p.983.

⁶³³ CEDH, 20 septembre 2001, *Pellegrini c/ Italie*, requête n°30882/96.

⁶³⁴ Pour une illustration d'une décision refusant la reconnaissance en France d'un jugement étranger n'ayant pas respecté le principe de la contradiction, v° Civ. 1^e, 12 juillet 2001, pourvoi n°99-14.979, *Bull I*, n°217.

aux juges étrangers de respecter le principe de la contradiction au sens français du principe et, partant, de soumettre les juges internes et étrangers, au respect du principe de la contradiction entendu d'une seule et même façon.

178. En matière d'arbitrage, l'assimilation du principe de la contradiction au sens de l'arbitrage international à celui qu'il revêt en matière d'arbitrage interne et donc aux juges se traduit chez les auteurs de plusieurs manières.

Certains s'abstiennent purement et simplement de différencier arbitrage interne et arbitrage international⁶³⁵. Par exemple, Madame Chainais, dans un article qu'elle dédie à la contradiction à travers la question de l'office de l'arbitre⁶³⁶, ne mentionne pas cette dichotomie. C'est aussi la position de Monsieur Bolard⁶³⁷. Il en ressort que cette question du principe de la contradiction n'est pas différente selon que l'arbitrage est interne ou international⁶³⁸.

D'autres auteurs soulignent l'identité de contenu en définissant le principe de la contradiction en matière d'arbitrage international par référence aux articles 14, 15 et 16 du Code de procédure civile, alors même que les textes applicables à l'arbitrage international n'y renvoient pas⁶³⁹.

Monsieur Clay, quant à lui, préfère montrer cette proximité en soulignant que la violation du principe du contradictoire conduit à la nullité de la sentence, en arbitrage interne comme international⁶⁴⁰.

⁶³⁵ En ce sens, v° M. DE BOISSÉSON, « Post-scriptum critique sur les principes de la procédure arbitrale en droit français », *Rev. arb.*, 2018, p.709 et s., spé. p.719 ; D. MATRAY, G. MATRAY, « Le principe du contradictoire : ses contours », in *Le principe du contradictoire en arbitrage* (ouvrage collectif), Bruylant, 2016, p.21 et s..

⁶³⁶ C. CHAINAIS, « L'arbitre, le droit et la contradiction : l'office du juge arbitral à la recherche de son point d'équilibre », *op. cit.*.

⁶³⁷ G. BOLARD, « Les principes directeurs du procès arbitral », *op. cit.*, n°15 et s., p.525 et s..

⁶³⁸ De la même façon, concentrant son propos sur la preuve, un auteur souligne que le respect du contradictoire implique le respect du droit à la communication sans jamais distinguer selon que la procédure est interne ou internationale (G. FLECHEUX, « La preuve dans les arbitrages internationaux », *op. cit.*, p.324).

⁶³⁹ En ce sens, v° notam. E. LOQUIN, *Encyclopédie JurisClasseur Procédure civile*, Fasc. 1036, *op. cit.*, n°77 et s. ; M. DANIS, « Nécessité du respect du principe du contradictoire par les arbitres », *JCP E*, 2006, p. 2660, note sous Civ. 1^e, 14 mars 2006, n°04-17.439. Certains auteurs font même les deux, c'est-à-dire qu'ils abordent le principe de la contradiction sans faire de distinction suivant que l'arbitrage soit interne ou international, et en définissent le contenu, tant pour l'arbitrage interne qu'international, à l'aide des articles 14 à 16 du Code de procédure civile. En ce sens, v° J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, n°580, p. 389 ; C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°382, p.340-341.

⁶⁴⁰ T. CLAY, *Code de l'arbitrage commenté*, *op. cit.*, commentaire sous l'article 1510 du Code de procédure civile.

Résumant cette position doctrinale unanime, Messieurs Ortscheidt et Seraglini ont pu énoncer simplement que les exigences de la contradiction sont « *identiques* » dans l'arbitrage international et dans l'arbitrage interne⁶⁴¹. Pour Madame Kessedjian, cela s'explique par le fait qu' « *évoquer le principe de la contradiction c'est, en réalité, faire appel au sentiment de justice que chacun d'entre nous peut développer non seulement en sa qualité de juriste mais aussi, peut-être surtout, en sa qualité de citoyen* ». ⁶⁴² C'est dire que, pour la doctrine, le principe de la contradiction qui pèse sur l'arbitre international s'entend de la même manière que celui qui pèse sur le juge : le contenu de l'obligation de respecter la contradiction est identique.

179. La jurisprudence, elle aussi, apprécie le principe du contradictoire dans l'arbitrage international de la même manière que dans la justice étatique⁶⁴³. En effet, la jurisprudence française structure le principe de la contradiction imposé à l'arbitre international de sorte qu'il recouvre la même acception que celui qui vise l'arbitre interne, donc le juge : l'obligation qui est faite à l'arbitre international de respecter et de

⁶⁴¹ C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°389, p.384.

⁶⁴² C. KESSEDJIAN, *op. cit.*, p.381.

⁶⁴³ De nombreux auteurs soulignent que la jurisprudence rendue sur la question du respect du principe de la contradiction, notamment à l'occasion de recours en nullité de la sentence, manque de cohérence. Cela dit, ces auteurs reprochent à la jurisprudence non pas d'être incertaine quant au sens donné au principe du contradictoire, mais plutôt quant à ses applications et à l'appréciation que les juges ont des comportements constituant ou non une violation du principe du contradictoire. Certains considèrent qu'elle se montre parfois trop sévère. Tel est le cas par exemple de Monsieur Clay qui, commentant l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris, le 15 janvier 2013 (CA Paris, 15 janv. 2013, *Yukos Capital*, n°11-03911, *JCP*, 2013, *Doctr.* 784, § 6, obs. J. ORTSCHIEDT ; *Gazette du palais*, 28-30 avril 2013, p.17, obs. D. BENSUAUDE), a énoncé : « *Avec cette jurisprudence, il suffit donc au défendeur de mauvaise foi de ne pas accuser réception des documents qui lui sont envoyés pour que le contradictoire soit violé. Cette solution semble trop sévère et fait la part belle aux parties de mauvaise foi* » (T. CLAY, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », *D.*, 2013, p.2936). Il n'en demeure pas moins que la cour d'appel a considéré que le principe de la contradiction n'avait pas été respecté car la preuve n'était pas rapportée que l'ensemble des parties à l'arbitrage avaient eu communication des éléments de la cause. Autrement dit, la cour d'appel se fondait sur l'aspect « droit à la communication » du principe du contradictoire. L'application peut être jugée sévère, il n'en demeure pas moins qu'il ne peut être contesté que la communication des pièces est l'un des aspects du principe du contradictoire et que l'arbitre doit s'assurer qu'elle a eu lieu. Cette sévérité a aussi été relevée par Monsieur Loquin dans son commentaire d'une décision rendue par la première chambre civile de Cour de cassation le 26 juin 2013 (Civ. 1^e, 26 juin 2013, *Soc. Egyptian General Petroleum Corporation c/ Soc National Gaz Company*, n°12-16.224), dans laquelle la Haute juridiction a considéré que le principe de la contradiction était violé quand le tribunal arbitral fondait sa décision sur un élément relevé d'office non débattu par les parties, en l'occurrence deux articles du règlement d'arbitrage que les parties n'avaient pas soulevé (E. LOQUIN, « La discussion contradictoire des moyens nécessairement dans la cause », *RTD Com.*, 2013, p.485). Une fois de plus, si l'application retenue peut-être jugée sévère, il n'en demeure pas moins que le principe de la contradiction impose aux arbitres de soumettre au débat les éléments de droit qu'ils soulèvent d'office. Ici aussi, l'acception donnée au principe du contradictoire est classique.

faire respecter le principe de la contradiction⁶⁴⁴ implique les mêmes comportements que ceux qu'elle impose au juge et à l'arbitre interne.

Ainsi, par exemple, l'arbitre international ne peut pas statuer sur un point de droit qu'il relève d'office sans l'avoir soumis au débat des parties⁶⁴⁵ ou se fonder sur un rapport d'expertise qu'il a sollicité sans l'avoir soumis au débat des parties à la cause⁶⁴⁶. Donc pour la jurisprudence française, le respect du principe du contradictoire impose à l'arbitre international de soumettre aux débats tous les points de droit qu'il soulève d'office mais également les éléments de preuve qu'il sollicite pour être mieux éclairé. Respecter le principe du contradictoire signifie donc la même chose pour l'arbitre international que pour le juge et l'arbitre interne.

De la même manière, l'obligation qui est faite à l'arbitre interne ou au juge de faire respecter le principe du contradictoire recouvre la même réalité pour l'arbitre international. En effet, comme les juges, l'arbitre international doit s'assurer que toutes les parties ont pu débattre des pièces versées à la cause⁶⁴⁷. Autrement dit, l'arbitre international doit s'assurer que le droit à la communication des pièces a été respecté.

180. On le voit, pour la jurisprudence, le principe de la contradiction s'impose à l'arbitre international de la même manière qu'au juge et à l'arbitre interne ; ayant le même contenu et la même dénomination pour l'arbitre et pour le juge, l'obligation de respecter le contradictoire peut donc être classée parmi les obligations juridictionnelles

⁶⁴⁴ Pour un rappel en ce sens, v° CA Paris, 16 janvier 2003, *D.*, 2003, p.2479.

⁶⁴⁵ Civ. 1^e, 26 juin 2013, *Soc. Egyptian General Petroleum Corporation c/ Soc National Gaz Company*, n°12-16.224. Dans le même sens, viole le principe de la contradiction un tribunal arbitral qui fonde sa condamnation au paiement de dommages-intérêts sur un autre fondement que celui invoqué dans la demande sans inviter les parties à en débattre (Civ. 1^e, 1^{er} juin 2017, n°16-18.029). Inversement, si le tribunal arbitral se fonde sur un élément de droit qui était dans le débat, il ne peut lui être reproché d'avoir violé le principe de la contradiction (Civ. 1^e, 13 décembre 2017, n°16-12.943).

⁶⁴⁶ Civ. 1^e, 18 mars 2015, n°13-22.391. Dans cette hypothèse, il est reproché au tribunal arbitral d'avoir violé le principe de la contradiction pour avoir statué en se fondant sur un rapport d'expertise qui n'a été que partiellement traduit dans une langue parlée par l'une des parties à la cause. Cette absence de traduction complète a pour effet que cette partie n'a pas pu débattre de l'intégralité du rapport sur lequel le tribunal s'est fondé. La violation du principe de la contradiction est alors relevée : le tribunal arbitral ne peut se fonder sur un rapport d'expertise non soumis au débat, c'est-à-dire sur lequel les parties n'ont pas pu s'exprimer. Dans le même sens, v° J. ROBERT, *Rev. arb.*, 1979, p.241, note sous Civ. 2^e, 17 juillet 1978 ; D. HASCHER, *Rev. arb.*, 1993, p.255, note sous CA Paris, 12 février 1993. Au sujet des expertises et de l'arbitrage, un auteur a pu énoncer que « presque tous les arrêts qui ont annulé ou confirmé l'annulation d'une sentence arbitrale reprochent à l'arbitre de ne pas avoir communiqué aux parties une expertise » (P. SCHLOSSER, « L'arbitrage, la contradiction et le droit d'être entendu en droit allemand, suisse et français », in *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Dalloz, 1996, p.455 et s., spé. p.461). C'est dire si cet aspect du contradictoire est important.

⁶⁴⁷ T. CLAY, « Le dilatoire ne paie plus, il coûte », *D.*, 2003, p.2479, note sous CA Paris, 13 février 2003.

de l'arbitre. C'est d'ailleurs précisément ce qu'a fait la jurisprudence dans l'affaire *Blowpack*⁶⁴⁸.

Le contentieux de cette affaire s'est tissé autour de contrats de vente unissant une société venderesse de droit allemand et une société acquéreur de droit tunisien. Cette dernière, mécontente des machines acquises, avait saisi la Chambre de Commerce Internationale de Paris, conformément aux clauses compromissoires insérées dans les contrats. Cette saisine avait abouti à une sentence rendue le 14 septembre 2011 par le tribunal arbitral composé de trois arbitres. La société tunisienne a contesté cette sentence par un recours en annulation pour violation du principe du contradictoire, le tribunal ayant statué sur des pièces en partie en langue allemande alors que la langue de l'arbitrage était la langue française. La cour d'appel de Paris a accueilli le recours en annulation, par un arrêt du 2 avril 2013⁶⁴⁹. La décision a été confirmée par la Cour de cassation par un arrêt du 18 mars 2015⁶⁵⁰.

Suite à cette décision, la société tunisienne a recherché la responsabilité des arbitres et demandé qu'ils soient solidairement condamnés au paiement de diverses sommes comprenant leurs honoraires, les frais de conseil, d'expertise et des dommages-intérêts. Les demandeurs à l'action en responsabilité reprochaient aux arbitres une violation fautive du principe du contradictoire. Les arbitres, pour leur part, contestaient ces manquements. Le contentieux s'est alors cristallisé autour de la caractérisation de faute de nature à engager la responsabilité des arbitres.

D'avantage que la position confirmative de la cour d'appel⁶⁵¹, ce sont ici les motifs retenus par les juges de première instance qui présentent un intérêt particulier. En effet, pour examiner la faute des arbitres, le tribunal a commencé par rappeler « *que l'arbitre, qui est investi d'une mission à la fois contractuelle et juridictionnelle qu'il doit remplir avec honnêteté, probité, indépendance et impartialité, bénéficie, en tant que juge, d'une immunité juridictionnelle, de sorte que l'erreur de droit ne peut pas être source de responsabilité civile à son encontre et qu'il n'est responsable que de sa faute personnelle, laquelle, pour engager sa responsabilité, doit être équipollente au dol, constitutive d'une fraude, d'une faute lourde ou d'un déni de justice* »⁶⁵². Il a ensuite explicitement rattaché

⁶⁴⁸ TGI Paris, 22 mai 2017, *Blowpack SARL c/ M.C. et autres*, n°14-1417, *Rev. arb.*, 2017, p. 977 et s., note J.-Y. GARAUD, G. DE RANCOURT ; CA Paris, 21 mai 2019, *Blowpack SARL c/ M. C. et autres*, n°17-12238.

⁶⁴⁹ CA Paris, 2 avril 2013 n°11-18244.

⁶⁵⁰ Civ. 1^e, 18 mars 2015, n°13-22.391, *D.*, 2015, p. 2588, obs. T. CLAY ; *JCP*, 2015, p. 582, note C. DUCLERQ.

⁶⁵¹ CA Paris, 21 mai 2019, *Blowpack SARL c/ M. C. et autres*, n°17-12238.

⁶⁵² TGI Paris, 22 mai 2017, *Blowpack SARL c/ M.C. et autres*, n°14-1417.

le respect du contradictoire à la fonction juridictionnelle de l'arbitre par les motifs suivants : « *s'agissant de ses fonctions juridictionnelles, l'arbitre a les devoirs d'un juge, susceptibles de trouver leur sanction dans l'engagement de sa responsabilité civile en cas de faute personnelle, c'est-à-dire de manquement incompatible avec la fonction juridictionnelle* ». Ce rattachement a conduit le tribunal à écarter la responsabilité des arbitres car « *même si la Cour d'appel de Paris a estimé que le principe du contradictoire n'avait pas été respecté par le tribunal arbitral, entraînant l'annulation partielle de la sentence, les fautes alléguées, telles qu'elles viennent d'être circonscrites, ne suffisent pas à caractériser des fautes lourdes susceptibles d'engager la responsabilité personnelle des trois arbitres en ce qu'ils auraient commis des manquements incompatibles avec la fonction juridictionnelle* ».

Les motifs retenus par le tribunal de grande instance dans cette affaire présentent un double intérêt : d'abord, celui de rattacher le principe du contradictoire à la fonction juridictionnelle de l'arbitre⁶⁵³ ; ensuite, celui d'adopter la méthode de la comparaison pour opérer ce rattachement. En effet, pour le tribunal, le respect du contradictoire se rattache à la fonction juridictionnelle parce que l'arbitre y est tenu, comme le juge. C'est donc parce que l'arbitre assume une obligation similaire à celle du juge (« *l'arbitre a les devoirs d'un juge* ») que cette obligation est rattachée à la fonction juridictionnelle de l'arbitre. Ce raisonnement s'inscrit pleinement dans la logique que nous souhaitons mettre en avant et qui consiste à qualifier de juridictionnelles les obligations de l'arbitre qui pèsent aussi sur le juge judiciaire, dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle. Tout manquement à cette obligation juridictionnelle devrait donc être de nature à engager la responsabilité délictuelle de l'arbitre.

Le même raisonnement devrait s'imposer pour toutes les obligations qui s'imposent à l'arbitre et au juge avec la même dénomination et le même contenu. Poursuivons donc notre étude des obligations liées à l'instance pour vérifier que le contenu de l'obligation de loyauté est similaire pour les deux acteurs.

3. Le respect du principe de loyauté

⁶⁵³ À ce sujet, des auteurs ont pu souligner que « dans une décision très clairement motivée, le tribunal de grande instance de Paris juge que l'obligation de faire respecter le contradictoire relève de la fonction juridictionnelle, une qualification qui n'allait pas de soi et mérite approbation » (J.-Y. GARAUD, G. DE RANCOURT, Rev. arb., 2017, p.977 et s., note préc., spé. p.983).

L'obligation de loyauté procédurale⁶⁵⁴ n'est pas plus définie par le Code de procédure civile, qui l'impose très explicitement à l'arbitre, que par la Cour de cassation qui l'a érigée en principe procédural pour contraindre le juge à la respecter. Cette absence de définition est une première difficulté quand il s'agit d'identifier son contenu, ce que de nombreux auteurs ont d'ailleurs souligné⁶⁵⁵. En réalité, qu'elle s'impose à l'arbitre ou au juge, la loyauté est appréhendée par le truchement d'autres notions : l'indépendance et l'impartialité, d'une part (a) ; le principe de la contradiction, d'autre part (b).

a. La loyauté définie par le biais de l'indépendance et l'impartialité

181. Spécialistes de procédure civile ou d'arbitrage, nombreux sont les auteurs qui considèrent que la loyauté s'entend au regard de l'obligation d'indépendance et d'impartialité.

182. Au sujet de la loyauté des juges, d'abord, Monsieur Guinchard, par ailleurs grand défenseur de la consécration de la loyauté comme principe directeur du procès, fait reposer la loyauté procédurale sur la notion de confiance réciproque⁶⁵⁶. S'intéressant à ce qui « *ruine la confiance en la Justice* », c'est-à-dire à ce qui constitue une violation de l'obligation de loyauté procédurale, il liste les comportements suivants : « *l'atteinte à la réputation d'un juge, par ses préjugés, son comportement personnel, son manque d'indépendance et son défaut d'impartialité [...]* »⁶⁵⁷. Autrement dit, pour ce processualiste, il ne fait aucun doute que le devoir de loyauté impose au juge d'être indépendant et impartial. Ce lien entre loyauté d'une part, et indépendance et impartialité d'autre part, est également opéré par Madame Boursier dans sa thèse intitulée « *Le principe de loyauté en droit processuel* ». S'interrogeant sur la soumission du magistrat à la loyauté, qu'elle étudie sous le titre de « *L'impartialité du magistrat et de*

⁶⁵⁴ V° *supra*, note de bas de page n°506.

⁶⁵⁵ En ce sens, v° par ex. L. CADIET, « Le principe de loyauté devant le juge civil et le juge commercial », *op. cit.*, spé. n°2 et 3 ; M. MOUSSERON, « Les usages de l'arbitrage », *Les petites affiches*, 13 février 2013, p. 27 et s., spé. p. 33 (évoquant la promotion de la loyauté dans le décret de 2011, l'auteur considère que cette notion est floue). À rebours, pour certains auteurs, la loyauté est une « *notion large sans doute (ce qui ne veut pas dire floue) [...]* » (S. GUINCHARD (dir.), *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès, op. cit.*, n°542-1, p.1306).

⁶⁵⁶ Dans le même sens, v° Y. STRICKLER, « La loyauté processuelle », *op. cit.*, p.362-363.

⁶⁵⁷ S. GUINCHARD (dir.), *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès, op. cit.*, n°542-1, p.1309.

l'arbitre », cet auteur considère que « *la loyauté [est un] guide de l'indépendance fonctionnelle du magistrat* »⁶⁵⁸. Elle assimile alors très explicitement la loyauté au devoir d'indépendance et d'impartialité : « *les magistrats du siège sont eux aussi soumis à une obligation d'impartialité et donc à la loyauté [...]* »⁶⁵⁹.

183. Au sujet de l'arbitrage, ensuite, de nombreux spécialistes considèrent que la loyauté se définit également au regard de l'obligation d'indépendance et d'impartialité⁶⁶⁰. Par exemple, Monsieur Racine considère que l'obligation de loyauté de l'arbitre s'apprécie « *principalement au regard de l'obligation de révélation* », laquelle est intimement liée à l'obligation d'indépendance et d'impartialité⁶⁶¹. Pour Monsieur Loquin, l'obligation de loyauté fonderait l'obligation de révélation imposée aux arbitres par l'article 1456 du Code de procédure civile⁶⁶². Elle s'apprécierait ainsi en relation avec l'obligation de révélation, gardienne des obligations d'indépendance et d'impartialité⁶⁶³.

Pour d'autres auteurs, c'est au regard du principe de la contradiction que la loyauté doit être appréciée.

b. La loyauté définie par le biais du principe de la contradiction

184. La loyauté peut également être appréhendée à travers le principe de la contradiction et ce, aussi bien en matière judiciaire qu'arbitrale.

⁶⁵⁸ M.-E. BOURSIER, *Le principe de loyauté en droit processuel*, *op. cit.*, n°496, p.273.

⁶⁵⁹ *Ibid.*, n°500, p.273.

⁶⁶⁰ En ce sens, Madame Jandard considère que « la loyauté visée par ce texte correspond à une norme de comportement qui irrigue l'ensemble des devoirs de l'arbitre. Elle s'infère d'ailleurs de nombreuses dispositions du livre IV du Code de procédure civile telles que celles de l'article 1456, relatives à l'indépendance et l'impartialité » (L. JANDARD, *op. cit.*, n°112, p.144).

⁶⁶¹ J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, n°649, p.426 ; dans le même sens, Madame Rivier considère que « L'arbitre loyal est, à ce stade, celui qui révèle les éléments susceptibles de créer un "doute raisonnable" sur sa partialité, pas moins, mais pas plus » (M.-C. RIVIER, « Justice étatique, justice arbitrale - L'exigence de loyauté procédurale, entre diligence, cohérence et compétence », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard. Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Dalloz, 2010, p.837 et s., spé. p.842).

⁶⁶² E. LOQUIN, *Encyclopédie JurisClasseur Procédure civile*, Fasc. 1036, *op. cit.*, n°128. Dans le même sens, v° L. JANDARD, *op. cit.*, n°112, p.144.

⁶⁶³ Pour une étude détaillée du contenu des obligations d'indépendance et d'impartialité, v° *infra*, n°248 et s.

185. Au sujet de la loyauté du juge dans son activité juridictionnelle, appelée loyauté procédurale au niveau institutionnel dans les commentaires et recommandations du Conseil supérieur de la magistrature⁶⁶⁴, le recueil des obligations déontologiques des magistrats énonce : « *Il applique loyalement les principes directeurs du procès, notamment le principe de la contradiction et celui des droits de la défense. Il fonde ses décisions sur des éléments contradictoirement débattus en se gardant de tout a priori* »⁶⁶⁵. Autrement dit, d'après ce texte, la loyauté du juge implique le respect des principes directeurs du procès et des droits de la défense. Le Conseil supérieur de la magistrature, à propos de la loyauté procédurale, considère donc qu'elle impose au magistrat qu'il soit le garant des droits de la défense et du respect du principe de la contradiction, et qu'il garantisse ces droits en conservant sa liberté d'esprit pour élaborer sa décision.

La loyauté procédurale imposée aux magistrats se définirait donc par un renvoi au respect des principes directeurs du procès et particulièrement au principe de la contradiction. C'est aussi la position de nombreux auteurs⁶⁶⁶, au titre desquels Messieurs Cadiet et Jeuland, notamment, considèrent que l'obligation du juge de respecter et faire respecter le principe du contradictoire « *est aussi une exigence de loyauté processuelle [...]* »⁶⁶⁷. D'autres auteurs, opérant ce même rattachement, préfèrent dire que la loyauté est une « *qualité d'honnêteté dans le contradictoire* »⁶⁶⁸. De manière encore plus explicite, la loyauté est parfois définie comme « *Droiture ; désigne plus spécialement soit la sincérité contractuelle (dans l'exécution du contrat) soit, dans le débat*

⁶⁶⁴ CONSEIL SUPERIEUR DE LA MAGISTRATURE, *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, La documentation française, 2019.

⁶⁶⁵ Chapitre 4, §7, du Recueil des obligations déontologiques des magistrats.

⁶⁶⁶ G. CORNU, J. FOYER, *Procédure civile*, PUF, coll. Thémis, 3^e édition, 1996, spé. n°102, p.470 ; J. HERON, T. LE BARS, K. SALHI, *Droit judiciaire privé*, LGDJ, coll. Précis dompta droit privé, 7^e édition, 2019, spé. n°294 et s., p.249 et s. ; M.-E. BOURSIER, « *Un "nouveau" principe directeur du procès civil : le principe de loyauté des débats* », obs. préc. (affirmant que la loyauté dans le déroulement du procès intervient dans les étapes dans « *lesquelles le principe de la contradiction est en jeu* ») ; E. ALT, « *La loyauté de la procédure en droit civil* », *op. cit.*, p.13 ; M. DOUCHY-OU DOT, *Procédure civile*, Gualino, coll. Master, 6^e édition, 2014, spé. p.196 ; Y. STRICKLER, « *La loyauté processuelle* », *op. cit.*, p.358 (« *la loyauté, en procédure civile, a fréquemment été associée au principe de la contradiction [...]* ») ; A. AKYUREK, M.-L. CARTIER-MARRAUD, « *La consécration du principe de loyauté procédurale, une nouvelle proposition émise dans le rapport sur l'amélioration et la simplification de la procédure civile* », *Les petites affiches*, 11 juillet 2018, p.6 et s. (considérant que c'est notamment sur le fondement de l'article 16 du Code de procédure civile que l'obligation de loyauté a été dégagée par la jurisprudence) ; M. DOUCHY-OU DOT, « *La loyauté procédurale en matière civile* », *Gazette du palais*, 17 novembre 2009, p.3 et s., spé. n°5 (pour qui la loyauté procédurale, dans le champ procédural, se confond « *avec les droits de la défense et plus spécialement le principe de la contradiction [...]* »).

⁶⁶⁷ . CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privée*, *op. cit.*, spé. n°511, p.481.

⁶⁶⁸ C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, *op. cit.*, n°763, p.542.

judiciaire, le bon comportement qui consiste, pour chaque adversaire, à être à même d'organiser sa défense, en lui communiquant en temps utile ses moyens de défense et de preuve (NCPC, a. 15) »⁶⁶⁹. Enfin, assimilant pleinement la loyauté au respect du contradictoire, un auteur a expressément énoncé : « *La loyauté dans la discussion, qui est incontestable, n'est pourtant rien d'autre que l'exigence du contradictoire* »⁶⁷⁰.

C'est d'ailleurs parce que la loyauté procédurale se confond avec les principes directeurs⁶⁷¹, et notamment le principe de la contradiction, que Monsieur Cadiet s'opposait à la consécration d'un principe de loyauté procédurale⁶⁷². En définitive, quelle que soit la formulation, la loyauté du juge est donc, pour une partie de la doctrine processualiste et pour certains textes para-légaux, très en lien avec le principe du contradictoire avec lequel elle pourrait même être confondue.

186. Ce lien entre la loyauté et le principe de la contradiction a aussi été révélé par la doctrine spécialisée en arbitrage⁶⁷³. En ce sens, par exemple, Monsieur Henry, dans son article dédié à la question de « *L'obligation de loyauté des arbitres envers les conseils* », après avoir rappelé l'existence d'un principe de contradiction qui s'impose autant aux parties qu'à celui qui tranche le litige, énonce : « *alors même que le principe de loyauté figurait implicitement parmi les exigences du procès équitable, des auteurs ont assidument défendu une nécessaire consécration* »⁶⁷⁴. De manière encore plus explicite, ce même auteur considère que « *la loyauté n'était pas absente du régime de l'arbitrage* » dès lors qu'elle « *s'est toujours inférée des articles 10 et 11 et 16 précités du Code de procédure civile* »⁶⁷⁵, c'est-à-dire notamment du principe de la contradiction. Dans le même ordre

⁶⁶⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° Loyauté, p.563.

⁶⁷⁰ L. MINIATO, « L'introuvable principe de loyauté en procédure civile », *D.*, 2007, p.1035.

⁶⁷¹ A l'inverse, Monsieur Strickler distingue le principe de loyauté procédurale de celui de la contradiction en considérant qu'il est possible, dans plusieurs hypothèses, que seul l'un de ces principes soit concerné. En ce sens, par exemple, il souligne qu'une partie peut soumettre au débat contradictoire une preuve obtenue de manière déloyale. Dans ce genre d'hypothèse, il considère que « *la déloyauté est au rendez-vous alors que la contradiction est, quant à elle, respectée [...]* » (Y. STRICKLER, « La loyauté processuelle », op. cit., p.361).

⁶⁷² L. CADIET, « La légalité procédurale en matière civile », *BICC*, n°636, 15 mars 2006, p.3 et s.

⁶⁷³ E. KLEIMAN, S. SALEH, « Célérité et loyauté en droit français de l'arbitrage international : quelles Célérité et loyauté en droit français de l'arbitrage international : quels pouvoirs et quelles responsabilités pour les arbitres et les parties ? », *Les cahiers de l'arbitrage*, 2012, p.99 et s., spé. n°20 ; L. WEILLER, « Les obligations de loyauté, de célérité et de confidentialité », *Les petites affiches*, 13 février 2013, p.11 et s. Certaines juridictions aussi ont pu définir la loyauté en ayant recours au principe de la contradiction. En ce sens, la Cour d'appel de Paris a énoncé : « *Considérant que le principe de la contradiction permet d'assurer la loyauté des débats et le caractère équitable du procès* » (CA Paris, 14 juin 2007, n°05-22672).

⁶⁷⁴ M. HENRY, « L'obligation de loyauté des arbitres envers les conseils », op. cit., n°7, p.527.

⁶⁷⁵ *Ibid.*, n°9, p.530.

d'idées, Monsieur Ortscheidt, évoquant le principe de loyauté procédurale dans la conduite de l'arbitrage, considère que « *l'article 16 du code de procédure civile, qui consacre le principe de la contradiction, consubstantiel à l'idée même de procès, en constitue une parfaite illustration* »⁶⁷⁶.

D'autres auteurs renvoient aussi la loyauté à la question du principe de la contradiction mais de manière plus indirecte. En ce sens, Messieurs Ortscheidt et Seraglini considèrent que l'obligation de loyauté de l'arbitre l'oblige à traiter équitablement les parties, c'est-à-dire à les traiter de la même façon⁶⁷⁷. Ce faisant, ces auteurs⁶⁷⁸ font écho à la notion d'égalité entre les parties laquelle est, comme l'ont rappelé Messieurs Fouchard, Gaillard et Goldman, étroitement liée au principe de la contradiction⁶⁷⁹.

Même si la loyauté ne répond pas à une définition qui lui est propre, puisqu'elle est appréhendée à travers le renvoi à d'autres notions, il reste que cette approche se retrouve au sujet de la loyauté imposée au juge aussi bien qu'à l'arbitre. Le devoir de loyauté a donc bien un contenu identique pour ces deux acteurs, ce qui en fait une obligation juridictionnelle de l'arbitre, par application de notre critère de la comparaison. La même identité de contenu peut enfin être observée au sujet du principe d'égalité.

4. Le respect du principe d'égalité

187. Dans la mesure où il s'impose au juge et à l'arbitre, le principe d'égalité répond à une même définition.

Pour le juge, la Cour européenne des droits de l'Homme, qui a dégagé le principe d'égalité sur le fondement de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, considère que ce principe « *implique l'obligation*

⁶⁷⁶ J. ORTSCHIEDT, « Illustrations du principe de loyauté procédurale dans la conduite de l'arbitrage », *Justice et cassation*, 2014, p.85. Dans le même sens, Monsieur Pluyette, consacrant une étude à la loyauté dans la procédure arbitrale, commence par présenter le principe du contradictoire (G. PLUYETTE, « Le principe de loyauté dans le déroulement de la procédure arbitrale », in *La diversité du droit, Mélanges en l'honneur de Jerry Saint-Rose*, Bruylant, 2012, p.1121 et s., spé. p.1122 à 1126).

⁶⁷⁷ C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°398, p.392-393.

⁶⁷⁸ Monsieur Giraud reprend les propos de Messieurs Seraglini et Ortscheidt lorsqu'il présente l'obligation de loyauté, ce qui peut laisser penser qu'il considère aussi, implicitement, que la loyauté se rattache au principe de l'égalité des parties et donc au principe du contradictoire (P. GIRAUD, *op. cit.*, n°112, p.95).

⁶⁷⁹ P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *op. cit.*, n°1638, p.962.

d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause, y compris ses preuves, dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire »⁶⁸⁰.

Pour l'arbitre, c'est la cour d'appel de Paris qui a donné une définition en statuant dans une affaire, liée à un arbitrage international, dans laquelle l'une des parties avait invoqué une violation du principe de l'égalité. La cour a alors énoncé : « *l'égalité des armes qui représente un élément de la notion de procès équitable protégé par l'ordre public international, implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause, dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire* »⁶⁸¹.

On le voit, la définition du principe d'égalité retenue par la jurisprudence est strictement identique pour l'arbitre et pour le juge. C'est ce qui conduit un auteur à considérer que le respect du principe d'égalité implique, dans les deux justices, de celui qui en est le débiteur, juge ou arbitre, de ne pas franchir un certain seuil qui se mesure « *à l'importance de l'avantage octroyé à l'une des parties exclusivement* »⁶⁸².

188. Ainsi compris, le principe d'égalité peut prendre des formes identiques dans les justices arbitrale et étatique. Ainsi, par exemple, il existera une rupture d'égalité lorsqu'une partie aura bénéficié d'un délai beaucoup plus long pour présenter sa cause que celui accordé par le tribunal à son adversaire. Cette application du principe d'égalité a pu être faite aussi bien pour un tribunal arbitral⁶⁸³ que pour un tribunal judiciaire⁶⁸⁴. De même, une inégalité linguistique pourrait exister entre les parties, que ce soit devant une juridiction arbitrale ou étatique⁶⁸⁵. De même encore, il a été soutenu qu'une rupture

⁶⁸⁰ V° notam. CEDH, 25 avril 2006, *Roux c/ France*, requête n°1602/02, § 23. *Adde* en ce sens J.-F. FLAUSS, « L'application de l'article 6 (1) de la Convention européenne des droits de l'homme aux procédures arbitrales », *Gazette du palais*, 2 juillet 1986, p.407 ; C. JARROSSON, « L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. arb.*, 1989, p.573 et s. ; A. MOURRE, « Le droit français de l'arbitrage international face à la Convention européenne des droits de l'homme », *Les cahiers de l'arbitrage*, 2000, p.16 et s., spé. n°22.

⁶⁸¹ CA, Paris, 6 mai 2003, *SL Finances et gestion c. Delachaux*.

⁶⁸² J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, n°608, p.403-404.

⁶⁸³ Pour une illustration en ce sens, v° CA, Paris, 8 novembre 2016, *Gouvernement de la République d'Irak représenté par le Ministère du Logement et de la Construction c. MAN*, n°13-12002.

⁶⁸⁴ CEDH, 25 avril 2006, *Roux c/ France*, requête n°1602/02, § 23.

⁶⁸⁵ En ce sens, v° E. LOQUIN, *Encyclopédie JurisClasseur Procédure civile*, Fasc. 1036, *op. cit.*, n°101.

d'égalité entre les parties pouvait résulter d'une facilité, pour l'une des parties à la cause, d'accéder à certaines pièces du dossier auxquelles l'autre partie n'avait pas accès⁶⁸⁶.

Par ailleurs, le principe d'égalité peut trouver des applications qui sont propres à la matière arbitrale⁶⁸⁷. Tel est le cas, en particulier, des conséquences de l'impécuniosité d'une partie⁶⁸⁸. En effet, l'arbitrage étant une justice privée, elle est, par définition, payante. Or, il se peut que les parties prévoient conventionnellement, soit directement soit par renvoi à un règlement d'arbitrage, que la soumission de demandes devra s'accompagner du paiement d'une provision pécuniaire⁶⁸⁹. La question s'est alors posée de savoir si le tribunal arbitral pouvait refuser de statuer sur les demandes d'une partie qui n'aurait pas les moyens financiers de payer une telle provision. Cette interrogation a été soulevée devant la Cour de cassation, qui a jugé que « *le refus par le tribunal arbitral d'examiner les demandes reconventionnelles peut être de nature à porter atteinte au droit d'accès à la justice et au principe d'égalité entre les parties, [...] à la condition que celles-ci soient indissociables des demandes principales* »⁶⁹⁰. Autrement dit, la partie

⁶⁸⁶ En ce sens, v° P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Contrôle du juge de l'annulation en cas d'allégation d'une violation du secret-défense et d'une atteinte à l'égalité des armes par renversement de la charge de la preuve », *Rev. arb.*, 2018, p.587 et s., spé. n°7-8, p.897-898, note sous CA Paris, 21 mars 2017, *Ministère yéménite du pétrole et des minerais c/ société Alkor Petroo ltd et autres*.

⁶⁸⁷ L'un des aspects importants du principe d'égalité en matière arbitrale concerne la nomination des arbitres : c'est précisément à ce sujet que la Cour de cassation a dégagé un principe d'égalité, dans la célèbre affaire *Dutco* qui lui a donné l'occasion d'affirmer que « *le principe de l'égalité des parties dans la désignation des arbitres est d'ordre public* » (Civ. 1^e, 7 janvier 1992, n°89-18.708, *Bull I*, n°2). D'ailleurs, Monsieur Loquin, parti « *à la recherche du principe de l'égalité des parties dans le droit de l'arbitrage* », a clairement énoncé que « *le principe d'égalité des parties a été affirmé à titre principal en matière de constitution du tribunal arbitral* » (E. LOQUIN, « A la recherche du principe de l'égalité des parties dans le droit de l'arbitrage », *Gazette du palais*, 2 juillet 2008, p.5). Pour autant, cet aspect du principe d'égalité ne nous retiendra pas davantage, dans la mesure où il s'impose uniquement aux parties, mais ne représente pas une obligation pour l'arbitre.

⁶⁸⁸ La question se pose car pour les juridictions françaises, l'impécuniosité d'une partie ne met pas en échec le recours à l'arbitrage. En effet, ce n'est pas un moyen de rendre manifestement inapplicable la convention compromissoire (en ce sens, pour un défendeur impécunieux, v° Civ. 1^e, 28 mars 2013, n°11-27.770, *Bull I*, n°59 ; Civ. 1^e, 13 juillet 2016, n°15-19.389, *Bull I*, n°159 ; Civ. 1^e, 17 octobre 2018, n°17-21.411 et pour un demandeur impécunieux, v° CA Paris, 26 février 2013, n°12-12953). En cela, les juridictions françaises ont opté pour un positionnement différent des juridictions allemandes (v° Cour fédérale de justice (Bundesgerichtshof), arrêt du 14 septembre 2000, III ZR 33/00) ou américaines (v° *Morrison c/ Circuit City Stores, inc.*, 317 F.3d 646 (6th) Cir. 2003)) qui considèrent que l'impécuniosité d'une partie peut mettre en échec la convention d'arbitrage (en ce sens, v° M. DE FONTMICHÉL, « Le financement de l'arbitrage par une partie insolvable », in *L'argent dans l'arbitrage* (W. BEN HAMIDA, T. CLAY dir.), Lextenso éditions, 2013, spé. p.39-40).

⁶⁸⁹ En ce sens, B. MOREAU, A. BEREGOI, R. DESCOURS-KARMITZ, P.E. MALLET, A. LELEU, *op. cit.*, n°171. Pour un règlement prévoyant une provision, v° notam. l'article 9 du règlement d'arbitrage du CMAP. En son article 9.3, ce règlement tire les conséquences du défaut de paiement de provisions en énonçant : « *A défaut de paiement des provisions, après expiration du délai fixé et sans offre d'une partie de pallier la défaillance de l'autre, le CMAP constate la caducité de la demande. Il en informe les parties, les droits d'ouverture lui demeurant acquis* ».

⁶⁹⁰ Civ. 1^e, 28 mars 2013, n°11-27.770, *Bull I*, n°59 ; dans le même sens v° Civ. 1^e, 17 octobre 2018, n°17-21.411.

impécunieuse⁶⁹¹ qui ne peut, en raison de sa fragilité financière, voir le tribunal arbitral statuer sur ses demandes reconventionnelles indissociables des demandes principales, peut invoquer une violation, par ledit tribunal arbitral, du principe d'égalité⁶⁹².

189. En somme, le principe d'égalité s'illustre dans plusieurs situations qui peuvent être communes aux justices arbitrale et étatique, ou propres à l'arbitrage. Pour autant, il répond à une seule et même définition en ces deux domaines. Qu'il s'impose au juge ou à l'arbitre, il implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause. Cette obligation, qui revêt une même dénomination et un même contenu pour l'arbitre et le juge, doit donc être rattachée à la fonction juridictionnelle de l'arbitre⁶⁹³.

⁶⁹¹ La question peut aussi se poser du traitement de l'impécuniosité d'un demandeur. Dans une telle hypothèse, la cour d'appel de Paris, dans sa décision *Lola Fleurs* du 26 février 2013 (CA Paris, 26 février 2013, n°12-12953) a considéré « que le caractère manifestement inapplicable de la clause compromissoire ne saurait davantage se déduire de l'incapacité alléguée de C J à faire face au coût d'une telle procédure en raison de sa situation financière et au déni de justice qui en résulterait alors qu'il appartient en tout état de cause au tribunal arbitral de permettre l'accès au juge, un éventuel manquement de sa part sur ce point étant susceptible d'être sanctionné ultérieurement ». Ce faisant, elle n'a fait aucunement référence au principe d'égalité à l'inverse de la motivation retenue par la Cour de cassation dans sa décision *Pirelli*. On comprend aisément cette différence. En effet, lorsque c'est le défendeur qui est en situation d'impécuniosité (et qui doit le prouver, en ce sens, v° CA Paris, 11 septembre 2018, n°16-19913), il ne peut pas saisir le tribunal arbitral d'aucune demande, ce qui interroge son droit d'accès à la justice, alors même que le demandeur lui le peut, ce qui induit un traitement différent et donc contrarie le principe d'égalité. Lorsque l'impécuniosité est celle du demandeur, ce dernier est empêché de saisir le tribunal arbitral, son droit d'accès au juge est donc interrogé. En revanche, il n'est pas traité inéquitablement par rapport à une autre partie puisque par définition, personne d'autre n'ayant saisi le tribunal arbitral, les arbitres ne répondent aux demandes d'aucune partie. Il n'y a donc pas dans cette situation de mise en cause du principe d'égalité. Ils n'ont d'ailleurs, à dire vrai, pas l'obligation de garantir le droit d'accès au juge car, comme le souligne Monsieur Pinna, considérant que ceci priverait d'effet la convention d'arbitrage *de facto* et non *de jure* (A. PINNA, « La confirmation de la jurisprudence Pirelli par la Cour de cassation et les difficultés pratiques de garantir au plaideur impécunieux l'accès à la justice arbitrale », *Les cahiers de l'arbitrage*, 2013, p.479), les arbitres n'ont pas l'obligation d'accepter leur mission et donc ne peuvent être contraints de statuer sur les demandes d'un demandeur impécunieux s'ils refusent la mission qu'on leur propose. En revanche, lorsqu'ils auront accepté leur mission, ils doivent trancher le litige. L'impécuniosité ne leur autorise pas à se défaire de cette obligation. Dans ce cas, des questions demeurent : qui et quand s'opérera le paiement des honoraires des arbitres (en ce sens, v° A. PINNA, « La confirmation de la jurisprudence Pirelli par la Cour de cassation et les difficultés pratiques de garantir au plaideur impécunieux l'accès à la justice arbitrale », *Les cahiers de l'arbitrage*, 2013, p.479). Pour résoudre ces difficultés, certains, comme Monsieur de Fontmichel (M. DE FONTMICHEL, « Le financement de l'arbitrage par une partie insolvable », in *L'argent dans l'arbitrage* (W. BEN HAMIDA, T. CLAY dir.), Lextenso éditions, 2013, spé. p.44 à 49), propose que des solutions de financements, aussi bien internes qu'externes, soient renforcées.

⁶⁹² En ce sens, v° J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, op. cit., n°610, p.405 ; E. LOQUIN, « L'accès du plaideur impécunieux à la justice arbitrale », *RTD Com.*, 2019, p.53 et s.

⁶⁹³ En ce sens, Monsieur Giraud énonce : « L'arbitre reçoit ainsi une mission-office dont les implications sont très larges : rendre une sentence qui mette fin au différend des parties et qui puisse être exécutée ; trancher le litige dans les contours définis par les parties, en prenant en considération, s'il le souhaite, les faits adventices ; organiser l'instance arbitrale et conduire la procédure selon les règles choisies par les parties ; ordonner, s'il l'estime nécessaire, « d'office toutes les mesures admissibles », inviter les parties à

Au terme de ces développements, il apparaît qu'au cours de l'instance, l'arbitre est soumis à plusieurs obligations, liées aux principes directeurs du procès, qui sont identiques à celles assumées par le juge. Cette similarité permet de les rattacher à la fonction juridictionnelle de l'arbitre, par application du critère de la comparaison.

La poursuite de la mise à l'épreuve de ce critère implique désormais d'examiner les obligations qui s'imposent au stade de la sentence pour déterminer si, au-delà d'une dénomination commune aux matières étatique et arbitrale, elles revêtent également un contenu identique.

B) Les obligations liées à la sentence

On a vu que le juge et l'arbitre partagent deux obligations liées à la sentence : celle qui tient au délibéré (1) et celle qui tient à la motivation (2). Il convient d'envisager successivement leur contenu pour s'assurer qu'il est identique et ainsi valider le rattachement de ces obligations à la fonction juridictionnelle de l'arbitre.

1. L'obligation de délibérer

190. Le délibéré s'entend d'un processus intellectuel qui permet d'aboutir à la prise de décision. Cette définition est suffisamment large pour s'appliquer à tous les processus de délibération, qu'ils aboutissent à une sentence arbitrale ou à une décision judiciaire. Il semble donc évident que l'obligation de délibérer revêt pour le juge et pour l'arbitre un contenu identique. Cette identité de contenu a été confirmée par la jurisprudence.

En effet, la cour d'appel de Paris a eu l'occasion de rattacher très explicitement l'exigence du délibéré à un principe fondamental de procédure⁶⁹⁴. Ce rapprochement a été opéré une première fois en 1973, dans un arrêt dans lequel la cour d'appel a énoncé :

fournir les explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige et enjoindre une partie de produire un élément de preuve en sa possession ; respecter et faire respecter les principes directeurs applicables à la matière arbitrale, et notamment le contradictoire, la loyauté et l'égalité entre les parties ; agir avec indépendance et loyauté ; appliquer les règles de droit choisies par les parties (dont la solution pourra éventuellement être modulée en équité si les parties l'ont souhaité) et les règles impératives (ordre public) » (P. GIRAUD, op. cit., n°96, p.84). Etudiant « le respect de la fonction juridictionnelle, bouclier de l'arbitre », ce même auteur énonce que « l'arbitre doit également mener une procédure équitable et équilibrée entre les parties, impliquant l'égalité de traitement des parties, le respect du droit d'être entendu et du contradictoire » (ibid., n°242, p.185).

⁶⁹⁴ Pour une présentation de l'obligation de délibérer en ce sens, v° D. HASCHER, *Répertoire de droit international*, Dalloz, v° Arbitrage du commerce international, 2005, spé. n°146.

« Toute décision juridictionnelle rendue par un collège doit, préalablement à son prononcé, faire l'objet d'une délibération ; [...] cette règle de portée générale et d'ordre public, car elle est de nature à garantir les droits des plaideurs »⁶⁹⁵. Pour la cour d'appel de Paris, le délibéré est donc une exigence commune à toutes les décisions juridictionnelles. Autrement dit, cette exigence est la même, que la décision juridictionnelle soit un jugement ou une sentence arbitrale. Cette position a été réitérée en 2003, par la même cour, qui a de nouveau affirmé que « l'exigence du délibéré représente une règle fondamentale de procédure qui garantit la nature juridictionnelle de la décision à laquelle parvient le tribunal arbitral [...] »⁶⁹⁶.

De ces deux décisions, il s'infère que le tribunal arbitral parvient à une décision de nature juridictionnelle (second arrêt) laquelle doit avoir été soumise à un délibéré (premier arrêt). Tel est le cas également de toutes les décisions juridictionnelles, y compris celles qui sont prises par un juge étatique. Dans son arrêt du 16 janvier 2003, la cour d'appel de Paris évoque d'ailleurs « l'exigence du délibéré », au singulier et en désignant le délibéré par un déterminant défini, ce qui est de nature à conforter l'idée qu'il existe une exigence unique en matière de délibéré, applicable en toute matière. Si la cour avait considéré que le délibéré pouvait prendre différentes formes et répondre à différentes exigences, elle aurait utilisé un déterminant indéfini pour le laisser entendre et évoqué l'exigence « d'un » délibéré. Ici, il apparaît nettement que l'exigence tenant à l'obligation de délibérer est unique et qu'elle est commune à toutes les décisions juridictionnelles. Le contenu de l'obligation de délibérer étant identique pour l'arbitre et le juge, il convient de classer cette obligation parmi les obligations juridictionnelles de l'arbitre.

Le même constat sera opéré au sujet de l'obligation de motivation.

2. L'obligation de motivation

191. La motivation qui est requise de la part du juge recouvre la même réalité que celle qui s'impose à l'arbitre. Cela ressort essentiellement des positions doctrinales.

⁶⁹⁵ CA Paris, 5 avril 1973, *JCP*, 1973, II, 17502, note P. LEVEL ; *Rev. arb.*, 1974, p.17, note G. FLECHEUX.

⁶⁹⁶ CA Paris, 16 janvier 2003, *Rev. arb.*, 2004, p.369 obs. L. JAEGER ; C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°874, note de bas de page 35, p.865 ; J. BEGUIN, M. MENJUCQ, *op. cit.*, n°2690, note de bas de page 353, p.1041.

Ainsi, les auteurs spécialistes de l'arbitrage qui s'intéressent à la motivation des sentences par les arbitres opèrent un parallèle avec l'obligation qui s'impose au juge. Ainsi, Monsieur Delvolvé, dans son étude consacrée à la motivation des sentences, énonce qu'il « *a toujours été admis qu'à l'instar des jugements des cours et tribunaux, les sentences arbitrales rendues conformément aux règles de procédure françaises doivent être motivées* »⁶⁹⁷. Monsieur Pomiès synthétise très bien cette assimilation dans son dictionnaire de l'arbitrage dans lequel il énonce de manière extrêmement limpide : « *le principe de la motivation obligatoire d'une décision de justice s'applique à la sentence arbitrale* »⁶⁹⁸.

Réciproquement, certains auteurs processualistes ont également assimilé l'obligation de motivation qui pèse sur l'arbitre à celle qui pèse sur le juge. Madame Fricero, par exemple, énonce que « *l'arbitre est tenu **également** de motiver les sentences* »⁶⁹⁹, soulignant ainsi que la motivation n'est pas que la chose du juge, et qu'elle s'applique de la même façon à l'arbitre.

Les choses sont donc claires : pour la doctrine, il existe une seule obligation de motivation avec un seul contenu, qui s'applique donc identiquement au juge et à l'arbitre.

192. Cette similarité tient notamment au fait que le but poursuivi est toujours le même : éviter l'arbitraire et provoquer l'adhésion des parties à la décision. Ce second objectif est d'autant plus important en matière d'arbitrage, puisque cette justice ne repose que sur l'adhésion des litigants. C'est la raison pour laquelle l'arbitre, comme le juge, doit exposer les moyens de droit ou d'équité, ainsi que les éléments de fait sur lesquels il s'est appuyé pour prendre sa décision.

Outre ces similitudes, la présence d'une motivation pourra jouer des rôles différents en matière arbitrale et en matière étatique. En matière étatique, la motivation permet aux juridictions supérieures de contrôler le bien-fondé ou la légalité de la

⁶⁹⁷ J.-L. DELVOLVÉ, « Essai sur la motivation des sentences arbitrales », *op. cit.*, p.149. *Adde* en ce sens C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°881, p.873.

⁶⁹⁸ O. POMIÈS, *Dictionnaire de l'arbitrage*, Presses universitaires de Rennes, coll. Didact Droit, 2011, v° Motivation.

⁶⁹⁹ N. FRICERO, *Droit et pratique de la procédure civile 2021/2022* (dir. S. GUINCHARD), *op. cit.*, n°512.191. *Adde*. S. GJIDARA, « La motivation des décisions de justice ; impératifs anciens et exigences nouvelles », *Les petites affiches*, 26 mai 2004, p. 3 et s., spé n°32.

décision⁷⁰⁰, étant entendu que toutes les décisions peuvent faire l'objet, *a minima*, d'un recours exceptionnel, par le truchement d'un recours en cassation, tandis que celles qui dépassent le seuil d'appel peuvent aussi faire l'objet d'un recours ordinaire par le biais d'un appel-réformation⁷⁰¹. En matière d'arbitrage, en revanche, on sait que les recours en réformation de la sentence ne sont possibles qu'en matière d'arbitrage interne⁷⁰², et encore, uniquement par exception, lorsque les parties l'ont prévu⁷⁰³.

En outre, la motivation est considérée par certains auteurs comme permettant la constitution d'une jurisprudence, en matière de justice étatique⁷⁰⁴. À l'inverse, en matière arbitrale, il n'est pas certain que les exigences de motivation produisent le même effet, dès lors que l'existence même d'une jurisprudence arbitrale est « *controversée* »⁷⁰⁵. En effet, certains auteurs considèrent qu'il est impossible de parler de jurisprudence en matière arbitrale⁷⁰⁶, tandis que d'autres adoptent une position opposée⁷⁰⁷. Quant aux arbitres, certains d'entre eux ont pu, dans une sentence rendue

⁷⁰⁰ En ce sens, v° S. GJIDARA, *op. cit.*, n°1 ; P. ESTOUP, « Une réforme souhaitable : l'assouplissement de certaines règles relatives à la motivation des jugements », *Gazette du palais*, 9 août 1990, p.413 ; J. NORMAND, « Le domaine du principe de motivation », in *La motivation* (Travaux de l'association Henri Capitant), tome III, Limoges, LGDJ, 2000, p.17 et s. ; A. BOLZE, « Motivation des jugements et impartialité du juge », *Dalloz actualité*, 28 janvier 2019, préc.

⁷⁰¹ Cela implique que ces décisions peuvent être rejugées en droit et en fait par une cour supérieure, la cour d'appel.

⁷⁰² Article 1518 CPC : « La sentence rendue en France en matière d'arbitrage international ne peut faire l'objet que d'un recours en annulation ».

⁷⁰³ Article 1489 CPC : « La sentence n'est pas susceptible d'appel sauf volonté contraire des parties ».

⁷⁰⁴ V° notam. F. ZENATI-CASTAING, « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », *op. cit.*, pour qui la motivation est une « *source formelle et matérielle de la jurisprudence* » ; S. GJIDARA, *op. cit.*, n°1, soulignant que « *d'un point de vue théorique (...) la motivation permet aux décisions de justice de s'intégrer dans le système juridique par application d'une règle générale à un cas particulier, contribuant ainsi à la formation d'une jurisprudence consciente et cohérente* ». Adde en ce sens L. CADJET (dir.), *Dictionnaire de la justice, op. cit.*, v° Motivation.

⁷⁰⁵ J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage, op. cit.*, n°82, p.677.

⁷⁰⁶ En ce sens, Monsieur Mayer énonce : « totalement étrangers les uns aux autres, [les arbitres] ne sont nullement liés par ce qui a été jugé par leurs prédécesseurs, même dans des affaires identiques » (P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence », in *Recueil cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, vol. 217, p.319 et s.). Adde E. LOQUIN, « Réflexions sur "la jurisprudence arbitrale", sa cohérence et ses divergences », in *Les divergences de jurisprudence* (dir. P. ANCEL, M.-C. RIVIER), Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2003, p.127 et s., spé. p.128 (la notion de « jurisprudence arbitrale est inconcevable en théorie ») ; C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°67, p.91 (« il serait excessif de parler (...) d'une véritable jurisprudence arbitrale, dans la mesure où les décisions des arbitres ne sont rendues publiques ou ne sont publiées que pour un faible nombre d'entre elles et n'ont, en toute hypothèse, aucun caractère obligatoire pour les autres arbitres ») ; C. LARROUMET, « A propos de la jurisprudence arbitrale », *Gazette du palais*, 14 décembre 2006, p.5 et s. (reconnaissant uniquement une valeur d'exemple aux sentences arbitrales).

⁷⁰⁷ V° par ex. J. ORTSCHIEDT, *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001, spé. n°13, p.12, pour lequel « les arguments traditionnellement invoqués pour nier cette fonction [i.e. de jurisprudence] [...] ont été suffisamment réfutés en sorte que des auteurs d'abord hostiles au concept de jurisprudence arbitrale, ont aujourd'hui sensiblement revu leur position ». Adde J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage, op. cit.*, n°82, p.78 ; J.-M. JACQUET, « Avons-nous besoin de jurisprudence arbitrale ? », *Rev. arb.*, 2010, p.445 et s. ; A. VELICAN-

sous l'égide de la Chambre de commerce internationale, considérer que les sentences arbitrales « *forment progressivement une jurisprudence dont il échet de tenir compte, car elle déduit les conséquences de la réalité économique et est conforme aux besoins du commerce international, auxquels doivent répondre les règles spécifiques, elles-mêmes progressivement élaborées, de l'arbitrage international* »⁷⁰⁸. Ces différentes positions montrent que l'existence d'une jurisprudence arbitrale n'est pas acquise au sein de la doctrine, alors même que l'existence d'une jurisprudence judiciaire ne fait aucun doute, comme le souligne Monsieur Larroumet⁷⁰⁹.

Ainsi, la présence d'une motivation dans les décisions rendues par les juges et les arbitres peut jouer un rôle différent d'une justice à l'autre. Pour autant, le contenu de cette obligation est similaire pour l'un et l'autre acteur. Identique à celle du juge dans son contenu, l'obligation de motivation qui pèse sur l'arbitre se rattache donc à sa fonction juridictionnelle⁷¹⁰.

193. Les développements qui précèdent ont permis de vérifier la pertinence du critère de la comparaison entre les obligations du juge et celles de l'arbitre. Chacune des obligations qui ont été étudiées, ayant trait à l'instance ou à la sentence, présente la caractéristique de peser de la même façon sur l'arbitre et sur le juge. Cette similitude peut être observée, au-delà de la seule dénomination des obligations, dans leur contenu. Toutes ces obligations peuvent donc être rattachées sans difficulté à la fonction juridictionnelle de l'arbitre : respecter les principes directeurs du procès (dispositif, contradiction, loyauté et égalité) ; délibérer et motiver la sentence.

Le même critère va conduire à présent à identifier les obligations rattachées à la mission contractuelle de l'arbitre, par contraste avec celles qui pèsent sur le juge. C'est alors le versant négatif du critère de la comparaison qui sera à l'œuvre : seront qualifiées de contractuelles les obligations que l'arbitre et le juge n'ont pas en partage.

DANARICU, La motivation des sentences dans l'arbitrage commercial international en France et aux Etats-Unis, Thèse dactylographiée, Paris XI, 1991, spé. p.294 ; F. GELINAS, « La jurisprudence arbitrale de la Chambre de commerce internationale », Gazette du palais, 11 janvier 2000, p.19 et s..

⁷⁰⁸ Décision citée par Monsieur Gélinas (F. GELINAS, *op. cit.*).

⁷⁰⁹ Cet auteur souligne en effet que si la doctrine s'oppose sur la question de l'existence d'une jurisprudence arbitrale, elle est unanime sur l'existence d'une jurisprudence judiciaire (C. LARROUMET, « A propos de la jurisprudence arbitrale », *op. cit.*).

⁷¹⁰ En ce sens, v° B. MOREAU, A. BEREGOI, R. DESCOURS-FAMITZ, P. E. MALLET, A. LELEU, *op. cit.*, n°293.

Section 2 : Les obligations contractuelles de l'arbitre, par dissemblance avec le juge

194. Le critère de la comparaison, proposé pour classer les obligations de l'arbitre, comporte un aspect négatif conduisant à rattacher à la mission contractuelle de l'arbitre les obligations qu'il est le seul à assumer, et qui ne s'imposent pas au juge. On verra ainsi que la dissemblance entre les obligations de l'arbitre et celles du juge apparaît dans deux types de situations : parfois, le juge et l'arbitre assument des obligations qui sont à l'opposé l'une de l'autre ; parfois, l'arbitre assume des obligations qui lui sont propres, et qui ne trouvent aucun équivalent chez le juge. L'étude des obligations antinomiques du juge et de l'arbitre (§1) précèdera donc celle des obligations originales assumées par le seul arbitre (§2).

§1) Des obligations antinomiques

195. La justice arbitrale et la justice étatique sont fondamentalement différentes sur un point : à la confidentialité de l'arbitrage s'oppose la publicité des débats de la justice judiciaire. Cette différence se traduit par des obligations antinomiques imposées à l'arbitre et au juge : l'arbitre est tenu⁷¹¹ d'une obligation de confidentialité (A), tandis que le juge est tenu de respecter la publicité des débats (B). En conséquence, l'obligation de confidentialité de l'arbitre devra être rattachée à sa mission contractuelle, puisqu'elle n'est pas partagée par le juge.

A) La confidentialité imposée à l'arbitre

196. La confidentialité, qui était absente du décret du 12 mai 1981, a été consacrée par le décret du 13 janvier 2011. Elle est imposée par l'alinéa 4 de l'article 1464 du Code de procédure civile qui énonce : « *Sous réserve des obligations légales et à moins que les parties n'en disposent autrement, la procédure arbitrale est soumise au*

⁷¹¹ On verra que cette obligation est en réalité débattue. Il n'en demeure pas moins que, dans les hypothèses où l'arbitre est effectivement tenu d'une obligation de confidentialité, celle-ci doit être considérée comme une obligation antinomique à l'obligation de publicité qui s'impose aux juges.

principe de confidentialité ». Ce principe de confidentialité conduit à ce que « *l'arbitrage permet[te] de juger le litige, dans la plus grande discrétion, sans qu'il accède par un moyen quelconque à la connaissance du public* »⁷¹². Plus précisément, la confidentialité à laquelle est tenu l'arbitre implique que ne soient divulgués ni l'existence de l'arbitrage⁷¹³, ni la tenue de l'audience⁷¹⁴, ni la sentence⁷¹⁵, ni les documents ou pièces échangés à l'instance⁷¹⁶.

Ainsi comprise, la confidentialité n'est cependant prévue que par l'article 1464 du Code de procédure civile, applicable à l'arbitre interne. Il convient alors de vérifier que l'arbitre international (2) y est tenu tout autant que l'arbitre interne (1).

1. La confidentialité dans l'arbitrage interne

197. Antérieurement au décret du 13 janvier 2011, aucune disposition du Code de procédure civile n'imposait expressément à l'arbitre une obligation de confidentialité. L'existence même de cette obligation était alors controversée. Une doctrine autorisée avait d'ailleurs souligné que la question de la confidentialité faisait l'objet d'une « *littérature abondante emprunte de scepticisme sur l'existence d'un principe de confidentialité inhérent à l'arbitrage* »⁷¹⁷. Les débats qui se sont tenus à l'occasion de l'élaboration du décret du 13 janvier 2011 ont permis de revenir sur cette controverse. La question s'est alors posée de savoir si la confidentialité devait être érigée au rang de principe, ou si elle devait rester une simple faculté laissée à la liberté des parties⁷¹⁸.

⁷¹² E. LOQUIN, « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2006, p.323 et s., spé. n°1, p.326.

⁷¹³ J.-L. DELVOLVÉ, « Vraies et fausses confidences, ou les petits et grands secrets de l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1996, p.373 et s., spé. n°2, p.374.

⁷¹⁴ *Ibid.*, n°3, p.374.

⁷¹⁵ *Ibid.*, n°2, p.376.

⁷¹⁶ En ce sens, v° E. LOQUIN, « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage », *op. cit.*, p.323 ; J.-L. DELVOLVÉ, « Vraies et fausses confidences, ou les petits et grands secrets de l'arbitrage », *op. cit.*, n°2, p.374 ; A. DIMOLITSA, « Quid encore de la confidentialité », in *Mélanges en l'honneur de François Knoepfler*, Helbing & Lichtenhahn, 2005, p.249 et s., spé. p.253.

⁷¹⁷ E. LOQUIN, « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage », *op. cit.*, n°1, p.325. A l'inverse, Monsieur Clay considère que l'introduction du principe de confidentialité au sein des dispositions relatives à l'instance arbitrale ne s'analyse pas en une « *totale nouveauté puisque l'on sait que le principe de confidentialité de l'arbitrage a été posé en jurisprudence dès 1986, même s'il a été remis en cause en 2004* » (T. CLAY, « Liberté, Égalité, Efficacité, La devise du nouveau droit français de l'arbitrage », *op. cit.*, n°43).

⁷¹⁸ En témoigne la rédaction du projet de décret, dans son dernier état daté de décembre 2010, qui énonçait que « *les parties peuvent convenir du principe et de l'étendue de la confidentialité de l'arbitrage* ».

198. Le décret du 13 janvier 2011 a tranché cette controverse en inscrivant le principe de la confidentialité de l'arbitrage dans l'article 1464, alinéa 4, du Code de procédure civile, qui dispose : « *Sous réserve des obligations légales et à moins que les parties n'en disposent autrement, la procédure arbitrale est soumise au principe de confidentialité* ». Il s'agit donc bien d'une nouveauté consacrée par la réforme⁷¹⁹. Désormais, l'arbitre a bien l'obligation de respecter ce principe⁷²⁰, si les parties ne l'en ont pas dispensé. Il n'existe donc plus aucun doute sur l'existence de principe d'une telle obligation. Cet apport du décret de 2011 est loué même par ceux qui défendent, comme Monsieur Clay, que la confidentialité s'imposait déjà avant le décret de 2011. En effet, cet auteur reconnaît qu'« *ainsi formulé, il est évident que le principe en sort renforcé, et que l'obligation de le respecter sera plus sévèrement examinée* »⁷²¹.

Si les choses sont claires en ce qui concerne l'arbitre interne, il n'en est pas de même pour l'arbitre international.

2. La confidentialité dans l'arbitrage international

199. En matière d'arbitrage international, aucune disposition n'impose à l'arbitre de respecter la confidentialité, que ce soit directement ou par renvoi à l'article 1464, alinéa 4, du Code de procédure civile. En effet, l'article 1506, 3°, du Code de procédure civile ne renvoie qu'au seul alinéa 3 de l'article 1464 du Code de procédure civile, qui évoque les obligations de célérité et loyauté, et non à l'alinéa 4, qui pose le principe de confidentialité. Faut-il déduire de cette absence de renvoi que l'obligation de confidentialité ne s'impose qu'à l'arbitre interne, et non à l'arbitre international ?

200. Sur ce point, la doctrine est partagée⁷²². Certains auteurs estiment que l'arbitre international n'est pas tenu par principe d'une obligation de confidentialité,

⁷¹⁹ En ce sens, v° C. NOURRISAT, « Le nouveau droit français de l'arbitrage (décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage) », *Procédures*, 2011, n°3, étude 3, spé. n°7 ; C. JARROSSON, J. PELLERIN, « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *op. cit.*, n°34, p.28 ; J.-F. POUDRET, S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, Schulthess, LGDJ, 2002, spé. n°368 ; E. LOQUIN, « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage », *op. cit.*, n°2, p.326, soulignant, antérieurement à la réforme, que « *le principe de confidentialité de l'arbitrage est mystérieusement absent des lois régissant l'arbitrage* ».

⁷²⁰ En ce sens, v° I. FADLALLAH, D. HASCHER, *op. cit.*, 24-25, p.175 et s., spé. n°22, p.187 ; A. DIMOLITSA, *op. cit.*, p.249 et s..

⁷²¹ T. CLAY, « Liberté, Égalité, Efficacité, La devise du nouveau droit français de l'arbitrage », *op. cit.*, n°43.

⁷²² Soulignant le débat irriguant la doctrine quant à l'existence d'une obligation de confidentialité dans l'arbitrage international, v° B. MOREAU, E. GLUCKSMANN, P. FENG, *op. cit.*, n°214.

puisque le Code de procédure civile ne l'y oblige pas expressément⁷²³. À l'inverse, d'autres auteurs considèrent que tout arbitre, qu'il statue au sein d'une procédure interne ou internationale, est tenu de respecter une obligation de confidentialité⁷²⁴. Plus généralement, nombreux sont les auteurs qui considèrent de la confidentialité est de l'essence même de l'arbitrage⁷²⁵ et qu'elle en est l'un des plus grandes avantages⁷²⁶ et ce, depuis la Grèce antique⁷²⁷. Pour ces auteurs, la confidentialité est l'un des éléments déterminants dans le choix que font les parties de recourir à une procédure arbitrale plutôt qu'à une procédure judiciaire⁷²⁸. Aussi, certains d'entre eux ont pu considérer qu'en tant que principe général de l'arbitrage⁷²⁹, la confidentialité est inhérente à celui-ci, qu'elle s'évince du contrat d'arbitrage⁷³⁰, qu'elle va « *de soi* »⁷³¹ et s'applique dès lors que les parties ont recours à l'arbitrage. En ce sens, Monsieur Delvolvé a pu écrire : « *Il s'ensuit que, tout bien considéré, le caractère confidentiel est naturel dans ce cercle qui, par la volonté de tous, doit se tenir en toutes ses phases loin des bruits du monde. Il n'y a pas*

⁷²³ En ce sens, v° Y. DERAIS, « Les nouveaux principes de procédure : confidentialité, célérité, loyauté », in *Le nouveau droit français de l'arbitrage* (T. CLAY dir.), Lextenso éditions, 2011, p.91 et s., spé. n°24, p. 100 ; E. GAILLARD, « Réflexions sur le nouveau droit français de l'arbitrage international », *Rev. arb.*, 2011, p.525 et s., spé. p.546-547.

⁷²⁴ En ce sens, v° C. JARROSSON, J. PELLERIN, *op. cit.*, n°86.

⁷²⁵ En ce sens, v° L. BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *op. cit.*, n°460, p.392 ; P. CAVALIEROS, « La confidentialité de l'arbitrage », *Gazette du palais*, 15 décembre 2005, p.6 et s. ; C. MULLER, « La confidentialité de l'arbitrage commercial international : un trompe-l'œil ? », *ASA Bulletin*, Kluwer Law International, 2005, vol.23, p.216 et s. ; C. JARROSSON, « L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, n°34, p.592, pour qui l'arbitrage est si ontologiquement confidentiel que cette confidentialité conduit à une « *incompatibilité rationnelle* » de l'arbitrage avec les dispositions de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Pour cet auteur, « *La confidentialité reste l'une des caractéristiques majeures et l'un des intérêts fondamentaux de l'arbitrage. Cela heurte de plein fouet l'article 6 § 1 qui prévoit que la cause doit être entendue publiquement* ».

⁷²⁶ V° S. ABDOLM GHAEMMAGHAM FARAHANI, *Les motifs de succès de l'arbitrage (Étude d'histoire du droit comparé)*, Thèse dactylographiée, Paris II, 1986, spé. p.316, évoquant la confidentialité comme « *un incontestable avantage* » de l'arbitrage.

⁷²⁷ En ce sens, T. CLAY, *L'arbitre*, *op. cit.*, n°771, p.595.

⁷²⁸ En ce sens, v° J. BEGUIN, M. MENJUCQ, *op. cit.*, n°2431, p.852 ; L. BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *op. cit.*, n°460, p.392 ; J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, n°660, p.431, affirmant que « *la confidentialité revient comme une raison importante guidant les choix* », en s'appuyant sur les enquêtes de l'Université Queen Mary de Londres ; P. CAVALIEROS, « La confidentialité de l'arbitrage », *op. cit.* ; E. LOQUIN, « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage », *op. cit.*, p.324 ; D. VIDAL, *Notions de base de l'arbitrage*, in *L'arbitrage : Questions contemporaines*, Textes réunis par Y. STRICKLER sous la responsabilité scientifique de Y. STRICKLER et J.-B. RACINE, L'Harmattan, 2012, p.11 et s., spé. n°9, p.16.

D'autres auteurs, à l'instar de Messieurs Seraglini et Ortscheidt, se montrent plus réservés et considèrent qu'« *elle est probablement attendue par les parties* » (C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°49, p.65). Adde O. CAPRASSE, R. ZIADE, « La confidentialité dans la procédure arbitrale », *Rev. arb.*, 2014, p.593 et s., spé. n°5, p.596).

⁷²⁹ En ce sens, v° J.-L. DELVOLVÉ, « Vraies et fausses confidences, ou les petits et les grands secrets de l'arbitrage », *op. cit.*, n°17, p.391.

⁷³⁰ En ce sens, v° J.-F. POUURET, S. BESSON, *op. cit.*, n°369, p.335-336.

⁷³¹ L'expression est de Monsieur Bertrand (E. BERTRAND, « Confidentialité de l'arbitrage : évolution ou mutation après l'affaire Esso/BHP c/ Plowman », *RDAL*, 1996, n°2, p.169 et s.).

besoin de loi ou de stipulation expresse pour que cela s'impose à l'évidence »⁷³². Pour ces auteurs, l'arbitrage est confidentiel par essence⁷³³.

201. Si cette position doctrinale suivant laquelle l'arbitrage est confidentiel par essence a pu être conforme à la jurisprudence française, elle ne semble plus l'être⁷³⁴. En effet, dans un arrêt dit « *Ojeh* » du 18 février 1986, la cour d'appel de Paris avait jugé « *qu'il était de la nature de l'arbitrage d'assurer la meilleure discrétion au règlement des différends* »⁷³⁵. La doctrine majoritaire a interprété cet arrêt comme posant un principe général de confidentialité dans l'arbitrage international, en dépit de l'absence de toute prévision légale en ce sens⁷³⁶. Toutefois, la jurisprudence semble être revenue sur sa position. En effet, dans un arrêt dit « *Nafimco* », en date du 22 janvier 2004, la cour d'appel de Paris a considéré que « *la partie qui requiert une indemnisation pour violation*

⁷³² J.-L. DELVOLVÉ, « Vraies et fausses confidences, ou les petits et grands secrets de l'arbitrage », *op. cit.*, n°17, p.391.

⁷³³ L'affirmation a quelque chose d'étonnant car la confidentialité est en réalité extrêmement rare dans les dispositifs législatifs des différents pays encadrant la question de l'arbitrage. En ce sens, v° J.-F. POUDRET, S. BESSON, *op. cit.*, n°368, p.334-335, relevant que « *les lois d'arbitrage ici considérées ne réglementent pas expressément la confidentialité, ce qui contribue à l'incertitude entourant ce sujet. Les doutes subsistent même dans l'arbitrage institutionnel. En effet, si certains règlements d'arbitrage contiennent des règles concernant un ou plusieurs aspects particuliers de la confidentialité dans l'arbitrage, plus rares sont ceux qui posent des principes généraux régissant cette question* » (adde en ce sens C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°49, p.65). Or, on aurait pu penser que, pour être consubstantiel à l'arbitrage, un principe doit être partagé par la majorité des législations encadrant ce mode de règlement des litiges. Certains auteurs ont d'ailleurs souligné que la confidentialité, qui est usuellement présentée comme un trait marquant de l'institution, est pourtant « *mystérieusement absent[e] des lois régissant l'arbitrage* » (E. LOQUIN, « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage », *op. cit.*, n°2, p.326). En outre, s'il est vrai que la confidentialité préserve le secret des affaires, rendant l'arbitrage attractif aux yeux de certains acteurs du commerce international, cette dimension n'est pas systématiquement recherchée. Ainsi, certains auteurs n'hésitent pas à souligner que dans les arbitrages d'investissement, qui sont des arbitrages internationaux, c'est davantage la transparence qui est attendue (en ce sens, v° E. GAILLARD, « Les principes fondamentaux du nouvel arbitrage », in *Le nouveau droit français de l'arbitrage* (T. CLAY dir.), Lextenso éditions, 2011, p.57 et s., spé. n°20, p.68). Adde en ce sens, S. MENETREY, « La transparence dans l'arbitrage d'investissement », *Rev. arb.*, 2012, p.33 et s., spé. n°3, p.35 ; A. PRUJINER, « L'arbitrage unilatéral : un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel », *Rev. arb.*, 2005, p.63 et s., spé. p.83 et s. ; L. BUCHMAN, E. LOQUIN, « Préférez l'arbitrage ! », *Gazette du Palais*, 16 septembre 2008, p.9 et s.

⁷³⁴ Pour une analyse en ce sens v° E. KLEIMAN, E. TEYNIER, « Pénalisation et médiatisation d'un arbitrage : quel impact pour la place de Paris ? L'affaire Tapie », *Journal de l'arbitrage de l'Université de Versailles*, octobre 2014, p.1 et s., qui considèrent que la jurisprudence est « *très contradictoire* ». Adde C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°49, p.65, soulignant les incertitudes de la jurisprudence française.

⁷³⁵ CA Paris, 18 février 1986, *Rev. arb.*, 1986, p.583, note G. FLECHEUX.

⁷³⁶ En ce sens, v° E. LOQUIN, « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage », *op. cit.*, n°4, p.327 ; J.-L. DELVOLVÉ, « Vraies et fausses confidences, ou les petits et grands secrets de l'arbitrage », *op. cit.*, n°17, p. 391 ; P. CAVALIEROS, « La confidentialité de l'arbitrage », *op. cit.* ; E. GAILLARD, « Le principe de confidentialité de l'arbitrage commerciale international », *D.*, 1987, chron., p.153 ; A. DIMOLITSA, *op. cit.*, p.252, note de bas de page n°8, relevant que l'arrêt *Ojeh* a été perçu comme un arrêt de principe imposant le respect de la confidentialité (pondérant cependant la portée de cet arrêt, v° P. GIRAUD, *op. cit.*, n°110, p.94, soulignant que la jurisprudence n'a pas évoqué la confidentialité mais seulement la discrétion qui, selon lui, « *pour meilleure qu'elle soit, semble d'un standard inférieur à la confidentialité* »).

de la confidentialité de l'arbitrage doit s'expliquer sur l'existence et les raisons d'un principe de confidentialité dans le droit français de l'arbitrage international »⁷³⁷. Commentant cette décision, Monsieur Loquin a souligné, à juste titre nous semble-t-il, que « si une telle explication est demandée, c'est que la Cour d'appel de Paris estime que le principe ne s'impose pas à l'évidence »⁷³⁸.

En l'état, le droit positif ne consacre donc pas avec la force de l'évidence une obligation, pour l'arbitre international, de respecter la confidentialité de l'arbitrage. La seule certitude possible est que l'arbitre sera tenu d'une telle obligation si les parties l'ont conventionnellement imposée⁷³⁹, soit dans le contrat d'arbitre directement, soit dans l'acte de mission⁷⁴⁰, soit en plaçant l'arbitrage sous l'égide d'une institution arbitrale dont le règlement prévoit une telle obligation. Cette position du droit français n'est pas partagée uniaimement en droit comparé. En effet, s'agissant de la confidentialité, les droits sont partagés entre ceux qui sont des fervents défenseurs du principe de la confidentialité et ceux qui s'y opposent. Pour les premiers, on peut citer la loi néo-zélandaise sur l'arbitrage qui prévoit des dispositions qui imposent expressément la confidentialité, c'est aussi le cas des lois écossaise, espagnole, péruvienne ou encore de la loi dominicaine. Dans certains états, c'est le juge qui est venu poser le principe de confidentialité dans le silence de la loi. Tel est le cas en Angleterre. A l'opposé, la Norvège a fait le choix inverse en déniait tout confidentialité à l'arbitrage. on peut citer la loi néo-zélandaise sur l'arbitrage qui prévoit des dispositions qui imposent expressément la confidentialité⁷⁴¹, c'est aussi le cas des lois écossaise⁷⁴², espagnole⁷⁴³,

⁷³⁷ CA Paris, 22 janvier 2004, *Rev. arb.*, 2004, p.646 et s., note E. LOQUIN.

⁷³⁸ E. LOQUIN, « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage », *op. cit.*, n°4, p.328 ; *adde* en ce sens P. CAVALIEROS, « La confidentialité de l'arbitrage », *op. cit.*

⁷³⁹ En ce sens, par exemple, Monsieur Giraud énonce : « Face à ces incertitudes et tâtonnements, l'existence et la portée d'une obligation de confidentialité seront assurées par l'adoption d'une disposition contractuelle explicite. L'insertion d'une clause de confidentialité dans la convention d'arbitrage ou l'acte de mission renforcerait son respect, et en ferait une obligation indéniable du contrat d'arbitre » (P. GIRAUD, *op. cit.*, n°110, p. 94). De même, Messieurs Seraglini et Ortscheidt considèrent que « compte tenu des incertitudes du droit positif, qui demeurent au moins en partie même après le décret du 13 janvier 2011, (...) il vaut mieux stipuler expressément [l'exigence de confidentialité] » (v° C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°49, p.65). *Adde* P. CAVALIEROS, « La confidentialité de l'arbitrage » *op. cit.*

⁷⁴⁰ En ce sens, v° O. CAPRASSE, R. ZIADE, *op. cit.*, n°5-6, p.596-597 ; Y. DERAIS, « Les nouveaux principes de procédure : confidentialité, célérité, loyauté », *op. cit.*, n°29, p.103 ; P. CAVALIEROS, « La confidentialité de l'arbitrage », *op. cit.*

⁷⁴¹ En ce sens, v° L'art. 14 de la loi néo-zélandaise sur l'arbitrage de 1996 (modifiée le 18 octobre 2007), contient des dispositions qui reconnaissent explicitement le caractère confidentiel de la procédure arbitrale : le caractère privé de la procédure (Art. 14A), l'interdiction de principe faite aux parties et aux arbitres de divulguer les informations confidentielles (Art. 14B), mais prévoit des limites à ce principe de confidentialité (art. 14C).

péruvienne⁷⁴⁴ ou encore de la loi dominicaine⁷⁴⁵. Dans certains états, c'est le juge qui est venu poser le principe de confidentialité dans le silence de la loi. Tel est le cas en Angleterre⁷⁴⁶. A l'opposé, la Norvège a fait le choix inverse en déniait tout confidentialité à l'arbitrage.

Ainsi, s'il est clair que l'arbitre interne est, par principe, tenu d'une obligation de confidentialité, aucune certitude n'existe quant à la soumission de principe de l'arbitre international à une telle obligation. Reste que cette obligation de confidentialité, en ce qu'elle s'impose au moins à l'arbitre interne, est aux antipodes des obligations du juge, lequel est, à l'inverse, soumis à une obligation de publicité.

B) La publicité imposée au juge

202. Loin de la confidentialité arbitrale, le juge est soumis, à une obligation de publicité. En effet, différentes sources imposent à la justice étatique d'être publique afin de préserver les justiciables d'une « *justice secrète* »⁷⁴⁷.

Au titre de celles-ci, on pense, évidemment et en premier lieu⁷⁴⁸, à l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales⁷⁴⁹ qui

⁷⁴² Règles 26 et 27, S.1, Part 3, de la loi écossaise sur l'arbitrage de 2010 prévoit de manière détaillée le champ d'application de la confidentialité (règle 26).

⁷⁴³ Article 24(2), titre V, de la loi espagnole sur l'arbitrage entrée en vigueur le 26 mars 2004 impose de manière concise une obligation de confidentialité aux parties, arbitres et institutions arbitrales sur les informations dont ils ont connaissance à l'occasion de la procédure arbitrale.

⁷⁴⁴ Article 51 de la loi péruvienne n° 1071 de 2008.

⁷⁴⁵ Article 22 de la loi de République dominicaine sur l'arbitrage commercial du 19 décembre 2008, impose aux arbitres, aux parties et aux institutions d'arbitrage une obligation de confidentialité à l'égard des informations obtenues au cours de la procédure arbitrale ; v. aussi sur ce point : S. ADELLE, « La nouvelle loi dominicaine sur l'arbitrage commercial du 19 décembre 2008 », *Rev. arb.*, 2009, p. 503 à 516.

⁷⁴⁶ La jurisprudence anglaise a comblé le silence du législateur anglais s'agissant de la confidentialité. Elle a construit son régime par étape en commençant, dans une première étape, par la reconnaissance du caractère privé des audiences arbitrales (*Oxford Shipping Co. v. Nippon Yusen Kaisha* (The "Eastern Saga"), 2 Lloyd's Rep. 373 (QB 1984) puis, dans un deuxième temps en dégagant un principe de confidentialité sur la base de ce caractère privé (*Dolling-Baker v. Merrett*, 1 W.L.R. 1205 (Eng. C.A. 1990)). Dans un troisième temps, les juges anglais ont dégagé un principe de confidentialité fondé cette fois sur l'efficacité des affaires (*Hassneh Insurance Co. of Israel v. Stuart J. Mew*, 2 Lloyd's Rep. 243 (Q.B. 1993)). Enfin, dans un quatrième et dernier temps, les juridictions anglaises ont consacré l'existence d'un devoir légal de confidentialité (*Ali Shipping Corp v. Shipyard Trogir*, 1 Lloyd's Rep. 643 (Eng. C.A. 1998)).

⁷⁴⁷ CEDH, 2 octobre 2018, requête n°40575/10 et 67474/10, §175, *Journal du droit international (Clunet)*, 2019, n°1, p.8, obs. J. GUILLAUME.

⁷⁴⁸ D'autres textes internationaux imposent la publicité des débats, tels l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et

entend lutter contre la justice secrète dans le but de renforcer la confiance des justiciables dans leurs tribunaux⁷⁵⁰ en exigeant expressément que le jugement soit, par principe, public⁷⁵¹.

À côté de ce fondement européen, le Code de procédure civile impose lui aussi une obligation de publicité. Ainsi, l'article 22 de ce code énonce que les « *débats sont publics, sauf les cas où la loi exige ou permet qu'ils aient lieu en chambre du conseil* »⁷⁵². Ce texte est situé dans le chapitre consacré aux principes directeurs du procès, ce qui traduit la généralité de sa portée. En outre, la même disposition est reprise mot pour mot à l'article 433 du même Code de procédure civile qui a également vocation à s'appliquer largement⁷⁵³ puisqu'il se situe dans le livre premier consacré aux « *Dispositions communes à toutes les juridictions* » et s'applique, en vertu de l'article 749 du Code de procédure civile, « *devant toutes les juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière civile, commerciale, sociale, rurale ou prud'homale, sous réserve des règles spéciales à chaque matière et des dispositions particulières à chaque juridiction* »⁷⁵⁴. Il est donc clair que les dispositions qui s'appliquent à la procédure judiciaire prévoient toutes un principe de publicité des débats.

politique du 16 décembre 1966, ou encore l'article 10 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, que Monsieur Guinchard présente d'ailleurs comme la « mère » de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 14 dudit pacte international (S. GUINCHARD, *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, v° Procès équitable, 2017, n°503).

⁷⁴⁹ D'ailleurs un auteur a pu considérer que la confidentialité rendait l'arbitrage incompatible avec la Convention européenne des droits de l'Homme du fait de l'exigence de publicité que pose cette dernière (C. JARROSSON, « L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, n°34, p. 592).

⁷⁵⁰ Pour des décisions rappelant le principe de publicité des débats, v° notam., CEDH 8 décembre 1983, *Pretto et autres c/ Italie*, requête. n°7984/77, § 21 ; CEDH 8 décembre 1983, *Axen c/ Allemagne*, requête n°8273/78, § 25 ; CEDH 22 févr. 1984, *Sutter c/ Suisse*, requête n°8209/78, § 26 ; CEDH 26 septembre 1995, *Diennet c/ France*, requête n°18160/91, § 33 ; CEDH 20 mai 1998, *Gautrin et autres c/ France*, requête n°38/1997/822/1025-1028, § 42 ; CEDH 24 novembre 1997, *Werner c/ Autriche*, requête n°138/1996/757/956, § 45 ; CEDH 20 janvier 2011, *Vernes c/ France, Procédures*, 2011, n°93, note N. FRICERO ; CEDH 12 avril 2006, *Martinie c/ France*, requête n°58675/00.

⁷⁵¹ L'article 6§1 de la convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales énonce : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice ».

⁷⁵² La même règle est inscrite à l'article article 11-1, alinéa 1^{er}, de la loi n°72-626 du 5 juillet 1972.

⁷⁵³ En ce sens, v° N. FRICERO, *Encyclopédie JurisClasser Procédure civile*, v° Fasc. 800-50 : Audience et débats, 2019, spé. n°18.

⁷⁵⁴ Article 749 du Code de procédure civile, dans sa rédaction issue du décret n°2005-1678 du 28 décembre 2005.

La Cour de cassation et le Conseil d'Etat sont venus consacrer l'importance particulière du principe de publicité des débats judiciaires en le qualifiant principe d'ordre public pour la première⁷⁵⁵, et en l'érigeant comme principe général du droit pour le second⁷⁵⁶.

203. Cette publicité implique que l'existence de l'affaire soit connue de tous par la mise au rôle⁷⁵⁷, que l'audience soit ouverte au public lequel doit pouvoir y assister⁷⁵⁸, que la décision fasse l'objet d'une communication⁷⁵⁹ et que les pièces échangées puissent être utilisées par ailleurs. Regroupant les aspects de la publicité dans une définition générale, Madame d'Ambra considère que la publicité « désigne l'ensemble des moyens destinés à permettre d'informer le public de l'existence, du déroulement, de l'issue d'une instance juridictionnelle »⁷⁶⁰.

204. Ainsi imposée au juge, l'obligation de publicité est aux antipodes de l'obligation de confidentialité que doit observer l'arbitre. Cette parfaite antinomie conduit à considérer que l'obligation de confidentialité pesant sur l'arbitre se rattache à sa mission contractuelle : puisque le juge n'en est pas tenu, c'est qu'elle n'est pas juridictionnelle. Par défaut, il faut donc la qualifier d'obligation contractuelle.

La même conclusion sera tirée au sujet des obligations qui n'existent qu'en matière d'arbitrage et ne connaissent pas de pendant ou d'opposé dans la procédure étatique.

⁷⁵⁵ V° notam. Civ. 2^e, 24 février 2000, n°98-22.395.

⁷⁵⁶ CE, 4 octobre 1974, *Dame David, D.*, 1975, p.369, note J.-M. AUBY ; *JCP*, 1975, II, 17967, note R. DRAGO ; *RTD Civ.*, 1975, p.355, obs J. NORMAND.

⁷⁵⁷ L'article 726 du Code de procédure civile énonce :

« Le greffe tient un répertoire général des affaires dont la juridiction est saisie.

Le répertoire général indique la date de la saisine, le numéro d'inscription, le nom des parties, la nature de l'affaire, s'il y a lieu la chambre à laquelle celle-ci est distribuée, la nature et la date de la décision ». L'enrôlement participe donc aussi à la publicité de la justice.

⁷⁵⁸ En ce sens, v° article L. 111-12, alinéa 3, du Code de l'organisation judiciaire, dans sa rédaction issue de la loi n°2011-803 du 5 juillet 2011, qui énonce que « Pour la tenue des débats en audience publique, chacune des salles d'audience est ouverte au public ». Adde L. WEILLER, *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, v° Principes directeurs du procès, 2016, spé. n°384.

⁷⁵⁹ La communication des décisions a été renforcée par la loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice qui a modifié l'article L. 111-13 du Code de l'organisation judiciaire lequel prévoit dorénavant en son alinéa 1^{er} : « Sous réserve des dispositions particulières qui régissent l'accès aux décisions de justice et leur publicité, les décisions rendues par les juridictions judiciaires sont mises à la disposition du public à titre gratuit sous forme électronique ». Autrement dit, à compter du 25 mars 2019, les décisions de justice peuvent être communiquées par voie électronique, ce qui renforce leur publicité. En ce sens, v° F. BUSSY, « Justice et médias », *D.*, 2010, p.2526 et s., spé n°7.

⁷⁶⁰ L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, op. cit., v° Publicité.

§2) Des obligations originales

Deux obligations, au moins, pèsent sur l'arbitre sans pour autant s'imposer aux juges : l'obligation de révélation (A) et l'obligation de respecter les délais de l'arbitrage (B). Certains auteurs proposent en outre d'en identifier une troisième, dont l'existence mérite toutefois d'être débattue : l'obligation de rendre une sentence efficace (C). Ces obligations seront abordées successivement.

A) L'obligation de révélation

L'arbitre assume une obligation d'indépendance et d'impartialité qui est, on le verra, assimilable à celle du juge⁷⁶¹. Pour assurer l'effectivité de cette obligation, le Code de procédure civile impose à l'arbitre de révéler aux parties toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité⁷⁶². Pour autant, seul l'arbitre est tenu d'une telle obligation de révélation (1), à l'exclusion du juge (2).

1. *L'obligation de révélation assumée par l'arbitre*

L'obligation de révélation s'impose à l'arbitre, qu'il statue en matière d'arbitrage interne (a) ou international (b).

a. L'obligation de révélation de l'arbitre interne

205. L'arbitre interne est clairement soumis à une obligation de révélation. Cela ressort de l'article 1456, alinéa 2, du Code de procédure civile, qui énonce : « *il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission* »⁷⁶³. Auparavant, les textes étaient moins explicites.

⁷⁶¹ Ces obligations n'ont pas encore été évoquées à ce stade, car leur soumission au critère de classification ici proposé pose des difficultés, ce qui justifie de les envisager au titre des difficultés d'application du critère proposé : v° *infra*, n°248 et s..

⁷⁶² Article 1456, alinéa 2, du Code de procédure civile, dans sa rédaction issue du décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage.

⁷⁶³ Article 1456, alinéa 2, du Code de procédure civile, dans sa rédaction issue du décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage.

L'ancien article 1452, alinéa 2, du Code de procédure civile énonçait que « *l'arbitre qui suppose en sa personne une cause de récusation doit en informer les parties. En ce cas, il ne peut accepter sa mission qu'avec l'accord de ces parties* »⁷⁶⁴. Cet article était, du moins dans sa lettre, nettement plus restreint que ne l'est l'actuel article 1456, alinéa 2, du Code de procédure civile. Il semble donc que le décret du 13 janvier 2011 ait élargi le champ d'application de l'obligation de révélation pesant sur l'arbitre⁷⁶⁵, à la fois matériellement et temporellement : matériellement, l'obligation est étendue à toute circonstance susceptible d'affecter l'indépendance ou l'impartialité de l'arbitre, et non plus aux seules causes de récusation ; temporellement, l'obligation perdure une fois que l'arbitre est institué, dans l'hypothèse où une circonstance de nature à affecter son indépendance ou son impartialité surviendrait après l'acceptation de sa mission.

Cette extension n'est, du reste, que le reflet de l'évolution de la jurisprudence en cette matière. En effet, la Cour de cassation limitait initialement l'obligation de révélation de l'arbitre aux seules « *causes de récusation* », c'est-à-dire celles qui s'appliquent également au juge⁷⁶⁶. Optant par la suite pour une lecture extensive⁷⁶⁷ de l'article 1452 du Code de procédure civile, avant même la réforme, les juges du fond ont délaissé l'expression de « *causes de récusation* » et l'ont remplacée par l'obligation de « *révéler tout fait ou circonstance de nature à faire légitimement douter de son indépendance* »⁷⁶⁸. Dans le même sens, la Cour de cassation a elle aussi considéré que l'obligation de révélation portait sur les « *éléments de nature à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable quant à l'impartialité de [l'arbitre] et à son indépendance* »⁷⁶⁹. Ainsi, l'actuel article 1456 du Code de procédure civile n'est que la reprise des exigences que la jurisprudence avait mises en place sous l'empire des anciens textes.

⁷⁶⁴ Article 1452, alinéa 2, du Code de procédure civile, dans sa rédaction issue du décret n°81-500 du 12 mai 1981.

⁷⁶⁵ En ce sens, v° C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°236, p.273-274.

⁷⁶⁶ En ce sens, v° Civ. 2^e, 14 novembre 1990, n°89-13.355, *Bull II*, n°230, *Rev. arb.* 1991, p.75, note C. JARROSSON.

⁷⁶⁷ En ce sens, v° E. LOQUIN, « Les garanties de l'arbitrage », *Les petites affiches*, 2 octobre 2003, p.13 et s., spé. n°12.

⁷⁶⁸ CA Paris, 12 janvier 1999, *Rev. arb.*, 1999, p.381.

⁷⁶⁹ Civ. 1^e, 10 octobre 2012, n°11-20.299, *Bull I*, n°193. *Adde* en ce sens Civ. 1^e, 4 juillet 2012, n°11-19.624, *Bull I*, n°149 ; Civ. 1, 25 juin 2014, n°11-16.444, *Bull I*, n°116 ; Civ. 1, 4 mai 2017, n°15-29.158 ; Civ. 1, 3 octobre 2019, n°18-15.756. Dans ces arrêts, il apparaît clairement que l'obligation de révélation s'étend à toutes les circonstances qui sont de nature à faire douter de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre. Ainsi, l'obligation de révélation est en quelque sorte au service des obligations d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre, qu'elle permet de garantir.

206. Il reste néanmoins que l'étendue de cette obligation de révélation pose difficulté et constitue même une question centrale⁷⁷⁰. S'attelant à déterminer le périmètre de ces éléments devant être révélés par l'arbitre, Monsieur Clay propose d'y inclure « *tout ce qui pourrait être interprété de près ou de loin comme une atteinte à son indépendance* »⁷⁷¹. Cette définition, non seulement par sa forme, mais aussi par son esprit, montre à quel point il est délicat de déterminer ce qui doit être révélé⁷⁷². En ce domaine, tout est histoire de casuistique, ce qui empêche une présentation exhaustive des éléments que l'arbitre doit déclarer. Si l'on devait néanmoins systématiser les hypothèses, on pourrait dégager deux axes autour desquels s'ordonne la jurisprudence qui a été amenée à statuer sur le domaine de cette obligation de révélation : celle-ci concerne tant les relations personnelles que les relations d'affaires.

S'agissant d'abord des relations personnelles, il va de soi que l'arbitre doit révéler les relations familiales qu'il entretient avec les parties et qui sont de nature à avoir une incidence sur sa décision ou à créer dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur son impartialité. De la même manière, il doit révéler les liens amicaux qu'il entretient avec les parties, si ce n'est avec les conseils des parties. Sur ce dernier point, Messieurs Seraglini et Ortscheidt considèrent que l'arbitre ne devrait pas avoir à déclarer les liens amicaux entretenus avec les conseils des parties s'ils ne sont pas suffisamment étroits, notamment parce qu'ils ne se sont développés que dans le cadre professionnel⁷⁷³.

S'agissant ensuite des relations d'affaires, l'arbitre doit révéler tout courant d'affaire ou toute relation d'intérêts économiques qu'il entretient avec l'une des parties⁷⁷⁴ ou avec le conseil de l'une des parties⁷⁷⁵. Il doit aussi révéler les liens

⁷⁷⁰ En ce sens, v° J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, n°495, p. 338.

⁷⁷¹ T. CLAY, *L'arbitre*, *op. cit.*, n°394, p. 335.

⁷⁷² En ce sens, v° C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°230, p. 241.

⁷⁷³ C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°230, p. 241. Un auteur semble considérer à l'inverse que ce lien devrait être révélé car la tendance de l'obligation de révélation irait vers une obligation croissante (M. DANIS, « Obligation de révélation et conséquence du défaut de sincérité de la déclaration d'indépendance », *Les cahiers de l'arbitrage*, 2015, p. 95, note sous Civ. 1^e, 18 décembre 2014, n°14-11085).

⁷⁷⁴ Civ. 1^e, 20 octobre 2010, n°09-68.997, *Bull I*, n°204 ; *D.*, 2010, p.2938, note T. CLAY ; *JCP*, 2010, I, 1286 § 1^{er}, note C. SERAGLINI ; *D.*, 2010, Act. 2589, note X. DELPECH ; *JCP*, 2010, II, 1306, note B. LE BARS et J. JUVENAL (« La révélation d'un courant d'affaires : comment apprécier l'indépendance de l'arbitre ») ; *Les petites affiches*, 21 février 2011, p.17, note M. HENRY ; *Rev. arb.*, 2011, p.671, note D. COHEN ; *RTD Com.*, 2012, p.518, note E. LOQUIN.

⁷⁷⁵ CA Paris, 9 septembre 2010, n°09-16182, *Rev. arb.*, 2011, p.686 ; Civ. 1^e, 20 octobre 2010, n°09-68.997, préc. ; CA Paris, 10 mars 2011, *Rev. arb.*, 2011, p.737 ; CA Reims, 2 novembre 2011, *Rev. arb.*, 2012, p.112, note M. HENRY ; TGI Paris, 4 mai 2012, n°12-53139, *Rev. arb.*, 2012, p.478 ; Civ. 1^e, 10 octobre 2012, n°11-20.299, *D.*, 2012. Actu. 2458, note X. DELPECH ; *D.*, 2012. Pan. 2991, note T. CLAY ; *Rev. arb.*, 2013, p.129,

qu'entretiennent l'une des parties et le cabinet dans lequel il exerce sa profession, sauf si ces liens sont notoires⁷⁷⁶.

De manière générale, l'arbitre doit donc révéler tout lien, personnel ou d'affaire, qui créerait dans l'esprit des parties « *un doute raisonnable* » sur son indépendance et son impartialité, à moins que ce fait soit de notoriété publique⁷⁷⁷.

Ainsi comprise, l'obligation de révélation s'impose incontestablement à l'arbitre interne. Toutefois, puisqu'elle prend sa source dans un texte qui est désormais situé dans le titre Ier du livre IV intitulé « *L'arbitrage interne* », la question se pose de savoir si cette obligation de révélation s'applique également à l'arbitre international.

b. L'obligation de révélation de l'arbitre international

207. L'arbitrage international ne comporte aucun texte équivalent à l'article 1456 du Code de procédure civile applicable à l'arbitrage interne. Cependant, l'article 1506, 2°, du Code de procédure civile opère par renvoi à l'article 1456, « *à moins que les parties en soient convenues autrement et sous réserve des dispositions du présent titre* ». Par l'effet de ce renvoi, l'article 1456 du Code de procédure civile est donc applicable à l'arbitre international. Celui-ci est donc, sous réserve d'une dispense contractuelle, tenu d'une obligation de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité. La doctrine relève d'ailleurs que « *comme pour l'arbitrage interne, un mécanisme spécifique est mis en place à titre préventif afin d'assurer le respect des*

note C. JARROSSON ; Civ. 1^e, 18 décembre 2014, n°14-11.085, *Les cahiers de l'arbitrage*, 2015, p. 95, note M. DANIS.

⁷⁷⁶ Civ. 1^e, 3 octobre 2019, n°18-15.756.

⁷⁷⁷ La question peut alors se poser de savoir si cette limite à l'obligation de révélation impose aux parties de s'informer. La Cour de cassation apporte une réponse négative à cette interrogation en considérant que c'est à l'arbitre de révéler, et non pas aux parties de s'informer (Civ. 1^e, 18 décembre 2014 n°14-11.085, *Procédures*, 2015, 85, obs. L. WEILLER ; *RTD Com.*, p.53, obs. E. LOQUIN ; Civ. 1^e, 16 décembre 2015, n°14-26.279, *Rev. arb.*, 2016, p.536, note M. HENRY). En ce sens, Monsieur Henry affirme que « *si des informations publiques et très clairement accessibles, que les parties ne pouvaient manquer de consulter avant le début de l'arbitrage, sont de nature à caractériser la notoriété d'un conflit d'intérêts, en revanche, il ne saurait être raisonnablement exigé, ni que les parties se livrent à un dépouillement systématique des sources susceptibles de mentionner le nom de l'arbitre et des personnes qui lui sont liées, ni qu'elles poursuivent leurs recherches après le début de l'instance arbitrale* » (M. HENRY, *Rev. arb.*, 2015, p.151, note sous CA Paris, 14 octobre 2014). Adde en ce sens B. MOREAU, A. BEREGOI, R. DESCOURS-KARMITZ, P. E. MALLET, A. LELEU, *op. cit.*, n°205.

exigences relatives aux qualités attendues de l'arbitre, particulièrement celles de l'indépendance et d'impartialité »⁷⁷⁸.

Si le texte autorise les parties à dispenser l'arbitre de cette obligation de révélation, cette possibilité semble être purement théorique⁷⁷⁹. En effet, pourquoi les parties voudraient-elles renoncer à être jugées par des arbitres tenus de déclarer les circonstances qui feraient peser un doute sur leur indépendance et leur impartialité ? Ce sont l'indépendance et l'impartialité mêmes des arbitres qui seraient menacées par une telle dispense. Renoncer à une telle garantie reviendrait à renoncer à une qualité essentielle requise de la part de celui qui exerce une fonction juridictionnelle. Aussi, on peine à imaginer que des parties opposées par un différend puisse en confier la solution à un arbitre qui serait dispensé d'une des qualités essentielles de ce qui en fait un juge à part entière. C'est d'ailleurs probablement ce qui explique que la doctrine s'abstienne même d'envisager la possibilité d'une telle dispense, fût-ce de manière seulement théorique. Reste que, suivant la lettre des textes, l'obligation de révélation de l'arbitre international peut céder face à la volonté des parties. L'arbitre international est donc soumis à une obligation de révélation chaque fois qu'il n'en est pas dispensé par les parties, ce qui devrait représenter l'extrême majorité des cas.

Contrairement à l'arbitre, le juge n'est pas tenu d'une telle obligation.

2. *L'absence d'obligation de révélation assumée par le juge*

208. Le juge, tout comme l'arbitre, doit être indépendant et impartial⁷⁸⁰. Il est alors soumis à un mécanisme qui pourrait évoquer l'obligation de révélation de l'arbitre : celui de la récusation. Toutefois, plusieurs facteurs viennent différencier le mécanisme de la récusation et l'obligation de révélation, ce qui empêche toute assimilation de l'obligation de révélation de l'arbitre aux obligations qui pèsent sur le juge.

209. S'agissant d'abord du fond, l'article L. 111-6 du Code de l'organisation judiciaire, auquel renvoie l'article 341 du Code de procédure civile, vise neuf situations

⁷⁷⁸ C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°743, p.733.

⁷⁷⁹ Encore récemment, une sentence internationale a été annulée pour manquement d'un arbitre international à son obligation de révélation (v° Civ. 1^{er}, 3 octobre 2019, n°18-15.756). C'est dire si les parties n'ont vraiment aucune raison de dispenser l'arbitre de cette obligation.

⁷⁸⁰ V° *infra*, n°248 et s..

dans lesquelles la récusation d'un juge peut être demandée. Ces causes de récusation ne sont pas sans lien avec l'obligation de révélation de l'arbitre puisque, comme on l'a vu, le contenu de l'obligation de révélation de l'arbitre était originellement défini par renvoi aux causes de récusation du juge⁷⁸¹. Cependant, du fait de l'élargissement de l'obligation de révélation, les causes de récusation du juge sont devenues beaucoup plus restreintes que les éléments relevant de l'obligation de révélation de l'arbitre. Ainsi, s'il est vrai qu'à une période, les faits à révéler étaient les causes de récusation du juge⁷⁸², tel n'est plus le cas aujourd'hui. C'est d'ailleurs ce qui fait toute la difficulté de délimiter l'étendue de l'obligation de révélation de l'arbitre.

210. Sur le plan procédural, ensuite, la récusation n'est pas l'équivalent de la révélation. En effet, conformément à l'article 339 du Code de procédure civile, la récusation peut être le fruit d'un comportement spontané du juge « *qui suppose en sa personne une cause de récusation ou estime en conscience devoir s'abstenir* ». Elle peut également être la conséquence d'une demande d'une partie, puisque l'article 343 du même code prévoit qu'une partie peut solliciter la récusation d'un juge. En matière arbitrale, en revanche, l'initiative de la révélation appartient à l'arbitre, mais ce sont les parties qui décident, *in fine*, si elles souhaitent que leur litige soit confié à l'arbitre.

En outre, la révélation et la récusation interviennent à des moments distincts. En effet, la récusation du juge se produit une fois que l'affaire a été confiée à une chambre dans laquelle statue le juge en cause. Autrement dit, elle intervient *a posteriori*, lorsque l'affaire a déjà été attribuée. La révélation, quant à elle, a une fonction préventive : elle doit en principe intervenir avant même la formation du contrat d'arbitre. Ainsi, la révélation a pour effet d'empêcher la désignation de l'arbitre tandis que l'invocation d'une cause de récusation a pour objet de récuser un juge déjà nommé. Toutefois, cette distinction est de faible portée car l'obligation de révélation qui pèse sur l'arbitre se prolonge tout au long de sa mission, y compris après sa nomination. Une révélation tardive pourrait donc entraîner la récusation de l'arbitre *a posteriori*.

⁷⁸¹ V° *supra*, n°205.

⁷⁸² En ce sens, Jean Robert expliquait que les éléments que l'arbitre doit révéler sont exactement les mêmes que ceux qui permettent la récusation du juge (J. ROBERT, *L'arbitrage, droit interne, droit international privé*, Dalloz-Sirey, 6^e édition, 1993, spé. n°137, p.115). Il fondait sa position sur l'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 1990 (Civ. 2^e, 14 novembre 1990, n°89-13.355, *Bull II*, n°230).

211. En réalité, ce qui distingue le plus nettement la révélation de la récusation, c'est le caractère obligationnel de la première. La révélation implique de porter à la connaissance des parties une donnée qu'elles ignorent. Or, le juge n'a aucune obligation de cette sorte à l'égard des parties : soit il prend l'initiative de se récuser et se fait remplacer ; soit les parties découvrent une cause de récusation et demandent à ce qu'il soit déporté. En revanche, jamais le juge n'est amené à porter à la connaissance des litigants des informations personnelles qui le concernent. Il n'est pas tenu de leur faire connaître ses relations susceptibles d'affecter son indépendance ou son impartialité. C'est là l'une des conséquences de la différence entre la justice arbitrale et la justice étatique. La première est choisie jusqu'aux Hommes qui l'incarnent⁷⁸³ ; la seconde s'impose jusqu'aux Hommes qui l'incarnent. Or, c'est seulement lorsque les parties ont un choix à exprimer que leur consentement doit être éclairé par une information qu'il incombe à l'arbitre de leur fournir.

Ainsi, seul l'arbitre, à l'exclusion du juge, est tenu d'informer. L'obligation de révélation est donc une obligation originale de l'arbitre, qui ne se retrouve pas chez le juge. Cette dissemblance invite à rattacher cette obligation de l'arbitre à sa mission contractuelle.

Une autre obligation de l'arbitre lui est propre et se rattache, de ce fait, à sa mission de contractant : il s'agit de l'obligation de respecter les délais de l'arbitrage.

B) Le respect des délais de l'arbitrage

La gestion du temps est l'une des grandes questions de la justice moderne, qu'elle soit étatique ou arbitrale. Cette question du temps fait d'ailleurs l'objet de dispositions particulières dans le Code de procédure civile. Celles qui ont pour objet d'enserrer la procédure dans un délai fixé à l'avance par les parties⁷⁸⁴ s'appliquent à l'arbitre (1), mais non au juge (2) de sorte qu'elles ne peuvent qu'être rattachées à sa mission contractuelle.

⁷⁸³ Des auteurs ont pu présenter cela comme l'avantage majeur de l'arbitrage (en ce sens, v° L. BUCHMAN, E. LOQUIN, « Préférez l'arbitrage ! », *op. cit.*).

⁷⁸⁴ Ces dispositions se distinguent de celles qui imposent le respect d'un délai raisonnable et qui sont, quant à elles, communes au juge et à l'arbitre ; v° *infra*, n°237 et s..

1. L'obligation faite à l'arbitre de statuer dans un délai déterminé par les parties

212. En matière d'arbitrage interne, l'article 1463 du Code de procédure civile impose à l'arbitre de statuer dans un délai déterminé par les parties, ou dans un délai de six mois en cas de silence gardé par les parties sur le temps qu'elles souhaitent impartir à l'arbitre pour rendre sa sentence⁷⁸⁵. Ce texte laisse donc aux parties la possibilité de prévoir le délai dans lequel l'arbitre devra statuer. À défaut de précision de leur part, elles seront réputées avoir choisi le délai de six mois fixé de manière supplétive par la loi. Ce texte fait donc naître à la charge de l'arbitre une obligation de trancher le litige dans le délai fixé par les parties, expressément ou tacitement.

L'article 1463, alinéa 2, du Code de procédure civile offre la possibilité de proroger le délai fixé, par accord des parties ou par décision du juge d'appui. Cette possibilité a conduit la jurisprudence à engager la responsabilité de l'arbitre qui se serait abstenu de solliciter une telle prorogation, alors même qu'il se trouvait dans l'incapacité de respecter le délai fixé à l'origine⁷⁸⁶. Ainsi, l'obligation de respecter les délais de l'arbitrage peut aller jusqu'à imposer à l'arbitre de demander une prorogation du délai, en cas d'impossibilité de respecter le délai initial.

213. L'article 1463 du Code de procédure civile n'a pas d'équivalent en matière d'arbitrage international. Or, l'article 1506 du Code de procédure civile, qui procède par renvoi aux textes applicables à l'arbitrage interne, vise uniquement l'alinéa 2 de l'article 1463, et non l'alinéa 1^{er}. À lire les textes, seule la faculté de proroger le délai légal ou conventionnel s'appliquerait donc en matière d'arbitrage international. La question se pose donc de savoir si l'arbitre international est tenu de respecter les délais de l'arbitrage fixés par les parties.

⁷⁸⁵ Article 1463, alinéa 1^{er}, dans sa rédaction issue du décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage. Antérieurement à l'entrée en vigueur du décret de 2011, c'est l'article 1456, alinéa 1^{er}, dans sa rédaction issue de décret n°81-500 du 12 mai 1981, qui régissait la question de la durée de l'arbitrage en énonçant : « *Si la convention d'arbitrage ne fixe pas de délai, la mission des arbitres ne dure que six mois à compter du jour où le dernier d'entre eux l'a acceptée* ». Le décret de 2011 a donc repris la durée de 6 mois qui, avant le décret du 12 mai 1981, n'était que de trois mois (en ce sens, v° P. FOUCHARD, « La coopération du Président du Tribunal de grande instance à l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1989, p.5 et s., spé. p.42).

⁷⁸⁶ Civ. 1^e, 6 décembre 2005, n°03-13.116, *Bull I*, n°462 ; CA Orléans, 13 avril 2007, n°06-00806 ; CA Paris, 6 novembre 2008, n°07-00189 ; CA Paris, 31 mars 2015, n°14-05436.

Cette interrogation n'est pas nouvelle. En effet, sous l'empire du droit antérieur à la réforme de l'arbitrage issue du décret du 12 mai 1981, déjà, la loi était silencieuse sur ce point. Ni le décret du 12 mai 1981, ni celui du 13 janvier 2011 n'ont tranché la question du délai applicable en matière d'arbitrage international. La jurisprudence s'était toutefois prononcée dans un sens qui reflète certainement l'état du droit positif, dès lors que le *corpus* de textes n'a pas été modifié sur cette question.

La Cour de cassation avait alors jugé que « *la loi française n'exige pas, en matière d'arbitrage international, que les pouvoirs des arbitres soient enfermés, à défaut de délai conventionnel, dans un délai légal* »⁷⁸⁷. Autrement dit, en matière d'arbitrage international, il faut distinguer deux situations : soit les parties ont prévu la durée de l'arbitrage, directement, dans la convention d'arbitrage ou dans le contrat d'arbitre, ou indirectement, en soumettant leur arbitrage à un règlement enfermant la mission de l'arbitre dans un certain délai⁷⁸⁸ ; soit, à l'inverse, les parties sont restées silencieuses sur la question du délai. Dans la première hypothèse, l'arbitre sera évidemment tenu de respecter la durée de l'arbitrage fixée par les parties, sur le fondement de l'acte conventionnel qui le lui impose. Il devra donc, comme l'arbitre interne, statuer dans le délai ou, le cas échéant, obtenir une prorogation en saisissant, si besoin, le juge d'appui⁷⁸⁹. Dans la seconde hypothèse, plus rare⁷⁹⁰, où les parties n'ont fixé aucun délai, la mission de l'arbitre ne sera pas enfermée dans une durée déterminée⁷⁹¹. Il n'aura

⁷⁸⁷ Civ. 1^e, 15 juin 1994, n°92-17.075, *Rev. arb.*, 1995, p.88 note E. GAILLARD. Cette position était déjà celle de la Cour de cassation avant l'entrée en vigueur de la réforme de 1981 puisque la jurisprudence avait considéré que l'article 1007 du Code de procédure civile, alors en vigueur, qui exigeait que la sentence soit rendue dans le délai de trois mois ne s'appliquait pas aux arbitrages autres qu'internes (P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *op. cit.*, n°1384, p.169).

⁷⁸⁸ En ce sens, v° P. GIRAUD, *op. cit.*, n°253, p.193.

⁷⁸⁹ Le renvoi de l'article 1506 du Code de procédure civile à l'article 1463, alinéa 2, du même Code invite à penser que la faculté de prorogation offerte par ce texte crée, comme dans l'arbitrage interne, une obligation pour l'arbitre international de solliciter une prorogation si le délai initial ne peut être respecté.

⁷⁹⁰ En ce sens, v° J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, n°624, p.414, qui souligne que « l'absence de délai pour rendre la sentence est facteur de grande imprévisibilité. Aucune partie avisée (et bien conseillée) ne saurait se lancer dans l'aventure d'un arbitrage sans point d'arrivée temporel ».

⁷⁹¹ Sous l'empire du droit antérieur au décret du 13 janvier 2011, lorsque les parties à un arbitrage international optaient pour la loi française comme *lex arbitrii*, le délai de six mois de l'arbitrage interne trouvait à s'appliquer, conformément aux dispositions de l'article 1495 du Code de procédure civile, dans sa rédaction alors en vigueur issue du décret n°81-500 du 5 décembre 1981. Aujourd'hui, le choix du droit français comme *lex arbitrii* conduit uniquement à l'application de l'article 1506 du Code de procédure civile, lequel ne renvoie pas à l'article 1463, alinéa 1^{er}, comme on l'a vu. Sous l'empire du droit actuel, le délai prévu pour l'arbitrage interne ne peut donc pas trouver à s'appliquer à l'arbitrage international du seul fait du choix de la loi française, sauf à ce que les parties stipulent expressément qu'elles souhaitent soumettre leur procédure arbitrale aux dispositions du droit français applicables aux arbitrages internes. En ce sens, v° C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°831, p.823.

alors pas d'obligation de respecter les délais de l'arbitrage, à défaut de délai prévu par les parties⁷⁹².

Quoi qu'il en soit, lorsqu'elle existe, l'obligation de l'arbitre de respecter les délais de l'arbitrage reste une obligation qui lui est propre, et qui ne trouve pas son équivalent chez le juge.

2. L'absence d'obligation faite au juge de statuer dans un délai déterminé par les parties

214. Certaines procédures judiciaires sont enfermées dans une durée précisée par la loi, qui ne s'assimile pas à la notion de délai raisonnable⁷⁹³. Par exemple, l'article 1441-3 du Code de procédure civile prévoit que le juge doit statuer dans un délai d'un mois sur les demandes qui lui sont présentées ; l'article 346, alinéa 1^{er}, du même Code prévoit que le premier président statue dans un délai d'un mois à compter de sa saisine⁷⁹⁴. À côté de ces hypothèses où la loi impose au juge le respect de certains délais, elle lui laisse parfois le soin de fixer lui-même les délais de la procédure. En ce sens, l'article 781 du Code de procédure civile prévoit que le juge de la mise en état fixe les délais nécessaires à l'instruction de l'affaire, en fonction d'éléments objectifs tels que la nature, l'urgence et la complexité de l'affaire. Ainsi, il existe, en matière de justice judiciaire, des délais qui enserrent la durée de l'office du juge et qui « *peuvent être fixés*

⁷⁹² Pour autant, cela ne signifie pas que la mission de l'arbitre ne sera encadrée par aucun délai. En effet, l'arbitre international sera tout de même tenu par l'impérieuse nécessité de respecter le principe de la célérité qui lui impose de statuer dans un délai raisonnable (sur cette obligation, v° *infra*, n°238). C'est ce que Messieurs Moreau et Feng et Madame Glucksmann ont clairement énoncé de la façon suivante : « *L'article 1464, alinéa 3, du code de procédure civile, applicable en matière d'arbitrage international, impose aux arbitres une obligation de diligence et de loyauté qui n'était pas auparavant formulée, mais qui s'inscrivait en partie dans l'obligation de respecter le délai d'arbitrage. Cette obligation vise la conduite de la procédure arbitrale et constitue une obligation de moyens. Disposant de pouvoirs accrus par le décret du 13 janvier 2011, il appartient à l'arbitre de les utiliser pour rendre sa sentence dans un délai raisonnable* » (B. MOREAU, E. GLUCKSMANN, P. FENG, *op. cit.*, n°124). Ainsi, la mission de l'arbitre sera toujours limitée temporellement, mais au titre d'une obligation de célérité qui se distingue de l'obligation de respecter les délais fixés par les parties. Cette combinaison de différents délais conduit Monsieur Robert à énoncer que « *La mission des arbitres ne peut être illimitée dans sa durée, faute de quoi leur inaction risque d'aboutir au déni de justice* » (J. ROBERT, *L'arbitrage, droit interne, droit international privé, op. cit.*, n°139, p.116).

⁷⁹³ Sur laquelle v° *infra*, n°241 et s..

⁷⁹⁴ Pour d'autres exemples, v° notam. l'article 1184, alinéa 3, du Code de procédure civile qui laisse au juge un délai maximal de quinze jours à compter de sa saisine pour statuer ; l'article L. 2312-15, alinéa 4, du Code du travail qui, dans sa version en vigueur jusqu'au 1^{er} janvier 2020, laissait huit jours au juge pour statuer à compter de la saisine du président du tribunal de grande instance par comité social et économique ; ou encore l'article R. 600-6 du Code de l'urbanisme qui laisse un délai de 10 mois au juge pour se prononcer sur les recours contre les permis de construire visés par le texte.

par la loi de façon globale et objective ou par le juge, de façon concrète »⁷⁹⁵. Le juge est alors tenu de respecter le délai ainsi fixé.

Toutefois, contrairement à la justice arbitrale, ce délai qui s'applique au juge ne peut jamais résulter de la volonté des parties⁷⁹⁶. Il est fixé par la loi ou par le juge lui-même, mais jamais par les litigants, qui ne peuvent pas décider des délais de la procédure, que ce soit expressément ou tacitement. La mission du juge ne peut donc pas être enfermée dans un délai fixé par les litigants ; le juge n'a pas l'obligation de respecter le délai dans lequel les parties souhaitent voir leur litige tranché. C'est sûrement cette impossibilité pour les parties d'enfermer l'office du juge qui fait dire à Monsieur Racine de manière un peu abrupte qu'un « *juge étatique ne voit pas la durée des instances se déroulant devant lui enfermée dans un délai* »⁷⁹⁷.

L'obligation de respecter les délais fixés par les parties n'existe donc pas en matière de justice étatique ; elle est propre à l'arbitrage. En conséquence, cette obligation faite au seul arbitre doit être rattachée à sa mission contractuelle, puisqu'elle ne s'impose pas au juge⁷⁹⁸.

Le même constat pourrait être fait au sujet de l'obligation de l'arbitre de rendre une sentence efficace, à supposer que son existence autonome soit admise.

C) L'obligation de rendre une sentence efficace

215. Certains auteurs évoquent une obligation originale de l'arbitre qu'ils nomment l'obligation d'efficacité⁷⁹⁹. Pour les partisans de cette obligation, l'arbitre doit « *s'assurer que la sentence qu'il rend ne s'expose pas trop facilement à la censure ou à un refus d'exequatur* »⁸⁰⁰. Cette obligation d'efficacité⁸⁰¹ aurait donc pour objet de

⁷⁹⁵ S. AMRANI-MEKKI, *Le temps et le procès civil*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2002, spé. n°103, p.91.

⁷⁹⁶ En ce sens, Madame Amrani-Mekki souligne que la justice judiciaire connaît des enserrements du temps mais uniquement pour des raisons objectives (S. AMRANI-MEKKI, *Le temps et le procès civil*, op. cit., n°103, p.91).

⁷⁹⁷ J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, op. cit., n°618, p.412.

⁷⁹⁸ Un auteur, s'intéressant à la question de la responsabilité des centres d'arbitrage, considère que le respect de la durée de l'instance se rattache à la responsabilité contractuelle des centres, car elle relèverait de la fonction administrative des institutions arbitrales (S. ELATAFY, *La responsabilité des centres d'arbitrage*, Thèse dactylographiée, Lyon, 2016, spé. p.396).

⁷⁹⁹ V°, notam., C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, op. cit., n°309, p.325 ; T. CLAY, *L'arbitre*, op. cit., n°831-834, p.637-639 ; P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », op. cit., n°36, p.366 ; P. LEVEL, « Brèves réflexions sur l'office de l'arbitre », op. cit..

⁸⁰⁰ C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, op. cit., n° n°309, p.325.

soumettre l'arbitre à l'obligation de rendre une sentence qui puisse être exécutée, c'est-à-dire une sentence à laquelle l'exequatur ne soit pas refusé ou qui ne se voie pas frapper de nullité⁸⁰², « dans la plupart des pays »⁸⁰³. Ainsi perçue, cette obligation impliquerait donc que l'arbitre ne rende pas une sentence contraire à l'ordre public⁸⁰⁴, une telle contrariété justifiant un refus d'exequatur et empêchant en conséquence toute exécution forcée. En outre, la sentence ne devrait pas non plus encourir l'une des causes de nullité qui sont énoncées aux articles 1492 du Code de procédure civile⁸⁰⁵ pour l'arbitrage interne et 1520 du même code⁸⁰⁶ pour l'arbitrage international⁸⁰⁷.

216. Pour notre part, nous ne sommes pas convaincu que l'arbitre soit tenu d'une obligation autonome de rendre une sentence efficace. En effet, cet objectif d'efficacité est déjà imposé à l'arbitre par le truchement d'autres obligations. C'est d'ailleurs ce qu'a relevé Monsieur Park, qui estime que l'obligation de rendre une sentence efficace ou,

⁸⁰¹ Monsieur Fouchard, s'intéressant à la notion d'efficacité, a souligné que l'absence d'efficacité de la sentence pouvait aussi s'expliquer par des éléments de pur fait, telle par exemple l'insolvabilité d'une partie à l'arbitrage condamnée au règlement d'une somme d'argent (P. FOUCHARD, « Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales », *Rev. arb.*, 1998, p.653).

⁸⁰² Une telle obligation d'efficacité existe notamment dans le droit hongrois de l'arbitrage, issu de la loi sur les biens nationaux n°CXCVI/2011 du 30 décembre 2011. Elle se limite toutefois à la seule exigence de validité de la sentence, sans mentionner l'exequatur. Pour une présentation de cette loi hongroise, v° P. CAVALIEROS, « Le nouveau droit hongrois de l'arbitrage sous le prisme de la responsabilité de l'arbitre », *Rev. arb.*, 2018, p.539 et s., spé. p.549.

⁸⁰³ C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°798, p.794.

⁸⁰⁴ La violation de l'ordre public justifie que l'exequatur soit refusé à la sentence (ordre public interne pour l'arbitrage interne, conformément aux dispositions de l'article 1488 du Code de procédure civile ; ordre public international pour l'arbitrage international, conformément aux dispositions de l'article 1514 du même Code).

⁸⁰⁵ L'article 1492 du Code de procédure civile dans sa rédaction issue du décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage énonce : « *Le recours en annulation n'est ouvert que si :*

1° Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ; ou

2° Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ; ou

3° Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ; ou

4° Le principe de la contradiction n'a pas été respecté ; ou

5° La sentence est contraire à l'ordre public ; ou

6° La sentence n'est pas motivée ou n'indique pas la date à laquelle elle a été rendue ou le nom du ou des arbitres qui l'ont rendue ou ne comporte pas la ou les signatures requises ou n'a pas été rendue à la majorité des voix ».

⁸⁰⁶ L'article 1520 du Code de procédure civile dans sa rédaction issue du décret du décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage énonce : « *Le recours en annulation n'est ouvert que si :*

1° Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ; ou

2° Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ; ou

3° Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ; ou

4° Le principe de la contradiction n'a pas été respecté ; ou

5° La reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international ».

⁸⁰⁷ On notera que les causes de nullité de la sentence sont les mêmes en matière d'arbitrage interne et international, à l'exception du cas d'ouverture propre à l'arbitrage interne, tenant à ce que « *la sentence n'est pas motivée ou n'indique pas la date à laquelle elle a été rendue ou le nom du ou des arbitres qui l'ont rendue ou ne comporte pas la ou les signatures requises ou n'a pas été rendue à la majorité des voix* ».

comme il l'évoque, « *inattaquable* », est « *problématique, car elle soulève des conflits (...) avec d'autres obligations* »⁸⁰⁸. Ces obligations sont tantôt juridictionnelles, tantôt contractuelles.

Ainsi, un certain nombre de causes de nullité des sentences arbitrales renvoient à des obligations juridictionnelles de l'arbitre. Le fait de méconnaître le principe de la contradiction caractérise le manquement de l'arbitre à son obligation de respecter le contradictoire. La contrariété de la sentence à l'ordre public interne ou international renvoie, selon la règle méconnue⁸⁰⁹, à la violation des principes directeurs du procès⁸¹⁰, des obligations d'indépendance et d'impartialité⁸¹¹, ou encore d'autres règles impératives⁸¹². Enfin, le défaut de motivation de la sentence ou des formalités requises en matière d'arbitrage interne caractérise un manquement de l'arbitre à son obligation de respecter les exigences formelles de la sentence⁸¹³. Dès lors que la méconnaissance de chacune de ces obligations est susceptible d'entraîner l'annulation de la sentence arbitrale ou le refus de son exequatur, la responsabilité de l'arbitre pourrait être recherchée tout autant pour avoir méconnu son obligation de rendre une sentence efficace que pour avoir manqué à l'une de ces obligations juridictionnelles et provoqué, en conséquence, l'inefficacité de sa sentence.

D'autres causes de nullité de la sentence peuvent être la conséquence d'un manquement de l'arbitre, soit à ses obligations juridictionnelles, soit à ses obligations contractuelles. Ainsi, le fait, pour le tribunal, de se déclarer à tort compétent ou incompétent constitue un manquement de l'arbitre à son obligation juridictionnelle de

⁸⁰⁸ W. W. PARK, « Les devoirs de l'arbitre : ni un pour tous, ni tous pour un », *Les cahiers de l'arbitrage*, 2011, p.13 et s., spé. p.17.

⁸⁰⁹ Soulignant la multiplicité des hypothèses de méconnaissance de l'ordre public international, v° CA Paris, 1^{er} mars 2007, *Rev. arb.*, 2007, p.143 : « *L'exécution d'une sentence est incompatible avec l'ordre public international procédural lorsque les principes fondamentaux du procès ont été violés et avec l'ordre public international matériel lorsque ont été violés des principes juridiques fondamentaux au point que le résultat atteint par les arbitres est inconciliable avec le système de valeurs essentielles de notre ordre juridique* ».

⁸¹⁰ S'agissant par exemple du principe dispositif, Monsieur Level considère que ce principe intéresse aussi l'obligation d'efficacité (P. LEVEL, « Brèves réflexions sur l'office de l'arbitre », *op. cit.*, spé. n°13). Or, nous avons montré que l'obligation de respecter les principes directeurs du procès, et en particulier le principe dispositif, est une obligation autonome de nature juridictionnelle (v° *supra*, n°164 et s.).

⁸¹¹ Sur la nature juridictionnelle de ces obligations, v° *infra*, n°248 et s..

⁸¹² En ce sens, v° C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°309, p.325, et n°1000, p.988-889, soulignant qu'en matière d'arbitrage international, la contrariété à l'ordre public international suppose une atteinte à « *certaines valeurs ou politiques fondamentales du for dont le respect s'impose même dans des situations internationales* ». Plus généralement, sur la nature juridictionnelle de l'obligation de trancher le litige conformément aux règles de droit applicables, v° *infra*, n°270 et s.

⁸¹³ Sur la nature juridictionnelle de cette obligation, v° *infra*, n°289 et s.

trancher le litige dans le respect des règles de droit applicables⁸¹⁴, voire, selon certains auteurs⁸¹⁵, à son obligation contractuelle de participer à la constitution du tribunal arbitral⁸¹⁶. La nullité pour constitution irrégulière du tribunal peut, lorsqu'elle est imputable à l'arbitre, résulter d'un manquement à son obligation juridictionnelle d'indépendance et d'impartialité⁸¹⁷ ou à son obligation contractuelle de participer à la constitution du tribunal arbitral. Enfin, la cause de nullité tenant à ce que l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée peut, elle aussi, renvoyer soit à un manquement juridictionnel, soit à un manquement contractuel. En effet, la sentence encourt la nullité au titre de ce cas d'ouverture essentiellement dans deux hypothèses relevant des obligations contractuelles de l'arbitre : le cas où l'arbitre n'a pas respecté, d'une part, les délais que les parties lui avaient imposés pour statuer⁸¹⁸ et, d'autre part, son obligation de confidentialité⁸¹⁹, lorsque celle-ci lui est imposée. En outre, le fait pour l'arbitre de ne pas se conformer à sa mission peut également caractériser un manquement à ses obligations juridictionnelles : tel est le cas lorsqu'il statue *infra*⁸²⁰ ou *ultra petita* ou lorsqu'il tranche le litige sans faire application des règles voulues par les parties⁸²¹ ou statue en amiable compositeur sans que les parties le lui aient demandé⁸²². Ce faisant, il méconnaîtrait le principe du dispositif dans le premier cas et, dans les deux derniers cas, son obligation de trancher le litige conformément aux règles applicables⁸²³. Là encore, si la sentence est annulée pour l'une de ces raisons (dépassement des délais impartis, méconnaissance de la confidentialité, décision prise *infra* ou *ultra petita*, ou non respect du choix des parties quant aux règles applicables à leur litige), la responsabilité de l'arbitre pourrait être recherchée tout

⁸¹⁴ Sur la nature juridictionnelle de cette obligation, v° *infra*, n°270 et s..

⁸¹⁵ En ce sens, v° C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°309, p.325 et n°1000, p.988-989.

⁸¹⁶ Sur la nature contractuelle de cette obligation, v° *infra*, n°231 et s..

⁸¹⁷ En ce sens, v° par ex. Civ. 1^e, 13 mars 2013, n°12-16.944.

⁸¹⁸ En ce sens, v° P. GIRAUD, *op. cit.*, n°101, p.86. Adde P. LEVEL, « Brèves réflexions sur l'office de l'arbitre », *op. cit.*, n°14, qui considère que l'obligation d'efficacité enjoint à l'arbitre « *de veiller à la conservation de son pouvoir juridictionnel* », ce qui renvoie, pour cet auteur, à l'obligation de respecter les délais de l'arbitrage et, si nécessaire, de solliciter la prorogation du délai impart.

⁸¹⁹ P. GIRAUD, *op. cit.*, n°110, p.92.

⁸²⁰ Cela pourrait uniquement être cause de nullité si le tribunal ne pouvait pas être à nouveau réuni pour compléter sa sentence : en ce sens, v° CA Paris, 4 mars 2004, *Rev. Arb.*, 2005, p.143, note F.-X. TRAIN ; CA Paris, 27 juin 2002, *Rev. Arb.*, 2003, p.427, note C. LEGROS.

⁸²¹ Il convient toutefois de souligner que le refus d'appliquer les règles voulues par les parties ne peut être reproché à l'arbitre lorsqu'il se justifie par « *des raisons supérieures aux volontés privées* » (en ce sens, v° C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°998, p.987).

⁸²² En ce sens, v° C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°996, p.986 ; J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, n°949, p.590.

⁸²³ Sur la nature juridictionnelle de cette obligation, v° *infra*, n°270 et s..

autant pour avoir manqué à son obligation de rendre une sentence efficace que pour avoir manqué à ses obligations de respecter les délais de l'arbitrage, la confidentialité, le principe dispositif ou encore à son obligation de trancher le litige dans le respect des règles applicables.

Dans toutes les hypothèses mentionnées, l'obligation de rendre une sentence efficace vient donc sanctionner un comportement qui est déjà imposé au titre d'une autre obligation, juridictionnelle ou contractuelle, de l'arbitre. Le manquement à l'obligation d'efficacité ne sera alors, toujours, que la conséquence d'un autre manquement de l'arbitre à ses obligations. Un même comportement serait donc susceptible de caractériser la violation de deux obligations distinctes, s'il aboutit à une inefficacité de la sentence rendue. L'obligation d'efficacité n'ajoute donc rien aux obligations de l'arbitre, auxquelles elle vient seulement se superposer, y compris qu'on la considérerait comme une obligation générale de laquelle les autres découleraient.

217. Or, l'existence de tels doublons nous semble inutile, voire contre-productif, et ce, pour deux raisons. D'un point de vue théorique, d'abord, la consécration d'une obligation permet, par l'effet comminatoire de la responsabilité, d'inciter une personne à respecter l'obligation consacrée, sous peine de voir sa responsabilité engagée. Ainsi, la reconnaissance d'une obligation n'a de sens que si elle aboutit à enjoindre un comportement. À défaut, sa consécration apparaît comme superfétatoire. Or, l'obligation de rendre une sentence efficace n'impose aucun comportement à l'arbitre qu'il n'aurait pas par ailleurs, puisqu'elle vient doubler des obligations préexistantes. Sa reconnaissance est donc inutile.

D'un point de vue pratique, ensuite, l'existence même d'une telle obligation serait source de difficultés dans la mise en œuvre de la responsabilité de l'arbitre. En effet, puisque le juge n'est pas soumis à une telle obligation, notre critère de la comparaison impliquerait de qualifier de contractuelle l'obligation de l'arbitre de rendre une sentence efficace : à défaut d'exister en matière de justice étatique, cette obligation ne pourrait pas être rattachée à la fonction juridictionnelle de l'arbitre. Dès lors, tout manquement à l'obligation d'efficacité serait de nature à entraîner la responsabilité contractuelle de l'arbitre. Or, ces manquements caractérisent aussi la violation d'autres obligations, potentiellement soumises à d'autres régimes de responsabilité.

Si, par exemple, l'inefficacité de la sentence est causée par une violation du principe du contradictoire, du principe dispositif, ou encore de l'obligation d'indépendance et d'impartialité, ces manquements seront, par eux-mêmes, générateurs d'une responsabilité délictuelle de l'arbitre, car ils se rattachent à sa fonction juridictionnelle. Comment savoir, alors, s'il faut reprocher à l'arbitre d'avoir méconnu ses obligations juridictionnelles de respecter le contradictoire, le dispositif, l'indépendance ou l'impartialité... ou son obligation contractuelle d'efficacité ? Faut-il laisser à la victime le choix de se placer sur le terrain qui lui est le plus favorable ? La question n'est pas anodine, car les régimes de responsabilité présentent des différences significatives, selon que la responsabilité est recherchée sur le terrain délictuel ou contractuel⁸²⁴. S'agissant en particulier du fait générateur de responsabilité, la responsabilité contractuelle de l'arbitre suppose un manquement dont l'existence pourra être prouvée plus ou moins facilement selon que l'obligation est de moyens ou de résultat. La responsabilité délictuelle, quant à elle, suppose la démonstration d'une faute qualifiée de la part de l'arbitre, en raison de l'immunité qui lui est reconnue dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle⁸²⁵. Invoquer un manquement à l'obligation de rendre une sentence efficace permettrait alors d'engager beaucoup plus facilement la responsabilité de l'arbitre, voire de contourner l'exigence d'une faute qualifiée exigée en matière juridictionnelle. Cela aboutirait nécessairement à fragiliser les arbitres dans l'exercice de leur mission. La jurisprudence ne s'est d'ailleurs pas engagée dans cette voie puisque, lorsque la situation s'est présentée, le débat s'est porté sur le terrain de la faute juridictionnelle de l'arbitre, et non sur la violation de l'obligation de rendre une sentence efficace⁸²⁶.

⁸²⁴ Sur ce point plus généralement, v° *infra*, partie 2.

⁸²⁵ V° *infra*, partie 2.

⁸²⁶ Le tribunal de grande instance de Paris (TGI Paris, 22 mai 2017, n°14-14717, *Rev. arb.*, 2017, spé. p.977, note J-Y. GARAUD et G. DE RANCOURT) a statué dans une hypothèse dans laquelle une partie recherchait la responsabilité du tribunal arbitral après que la sentence rendue par celui-ci fut partiellement annulée pour violation du principe de la contradiction (v° Civ. 1^e, 18 mars 2015, n°13-22.391, *D.*, 2015, p. 2588, obs. T. CLAY ; *JCP*, 2015, p.582, note C. DUCLERQ, pour la décision prononçant la nullité partielle de la sentence). La question se posait donc de savoir si l'annulation de la sentence pour irrespect du principe du contradictoire justifiait à elle seule que la responsabilité du tribunal arbitral soit engagée. Or, le débat s'est porté sur le manquement de l'arbitre à son obligation de respecter le principe du contradictoire, et non à son obligation de rendre une sentence efficace. Le tribunal a alors rattaché le respect du principe de la contradiction à l'exercice de la fonction juridictionnelle et en a appliqué le régime. C'est aussi ce qu'a fait la cour d'appel de Paris (CA Paris, 21 mai 2019, *Blowpack SARL c/ M. C. et autres*, n°17-12238) dans cette même affaire. Elle a, pour se prononcer sur la responsabilité des arbitres, énoncé que « *le comportement du tribunal arbitral ayant consisté à fonder sa décision sur une expertise accompagnée de pièces qu'il avait partiellement traduites en dehors de l'acquiescement de la société Blowpack, constitue une violation du principe du contradictoire, laquelle a entraîné l'annulation de la*

Un autre exemple de difficulté de mise en œuvre peut surgir dans l'hypothèse où l'arbitre n'aurait pas respecté le délai fixé par les parties pour rendre sa sentence. Dans cette hypothèse, l'arbitre se verra reprocher de n'avoir pas respecté les délais de l'arbitrage et de n'avoir pas sollicité leur prorogation. Il pourrait aussi se voir reprocher de n'avoir pas rendu une sentence efficace, en cas d'annulation de la sentence parce que l'arbitre ne se serait pas conformé à sa mission. Or, l'obligation de solliciter une prorogation du délai est conçue par la jurisprudence comme une obligation de résultat⁸²⁷. À l'inverse, l'obligation de rendre une sentence efficace est perçue par les auteurs qui reconnaissent son existence comme une obligation de moyens⁸²⁸. Faudra-t-il alors appliquer le régime des obligations de moyens ou des obligations de résultat ? Là encore, le doublon des obligations pose problème au regard de l'application des règles de responsabilité. Dans la mesure du possible, un même comportement ne devrait pas pouvoir caractériser deux manquements distincts obéissant à des régimes distincts, car la mise en œuvre pratique de la responsabilité de l'arbitre s'en trouve considérablement compliquée. De telles difficultés ne se justifient pas, dès lors que l'obligation d'efficacité ne couvre aucun comportement qui ne s'impose déjà à l'arbitre par ailleurs.

218. Monsieur Park⁸²⁹ ajoute, et nous souscrivons à sa remarque, que si une obligation de rendre la sentence efficace existait, cela impliquerait que l'arbitre veille à ce que sa sentence puisse obtenir l'exequatur sous l'empire des lois des pays dans lesquelles l'une des parties à la cause aurait intérêt à demander l'exécution de la sentence⁸³⁰. Or, une telle exigence serait très difficile à satisfaire pour l'arbitre : d'abord, parce qu'il n'est pas nécessairement aisé de prévoir les lieux dans lesquels les parties souhaiteront solliciter l'exequatur de la sentence ; ensuite, parce qu'il pourrait se

sentence. La société Blowpack peut donc légitimement se prévaloir de cette circonstance relative à l'expertise pour rechercher la responsabilité des membres de ce tribunal arbitral ». La « circonstance » dont les parties pouvaient se prévaloir pour rechercher la responsabilité du tribunal aurait tout autant pu être un manquement à l'obligation de rendre une sentence efficace, qu'une violation du principe du contradictoire. C'est la seconde qui l'a emporté puisque la cour d'appel de Paris, tout comme les juges de première instance, ont tranché le litige en se demandant si le manquement au principe du contradictoire entrait, ou non, dans l'exercice de la fonction juridictionnelle de l'arbitre.

⁸²⁷ En ce sens, v° Civ. 1^e, 6 décembre 2005, n°03-13.116, *Bull I*, n°462 ; CA Orléans, 13 avril 2007, n°06-00806 ; CA Paris, 6 novembre 2008, n°07-00189 ; CA Paris, 31 mars 2015, n°14-05436.

⁸²⁸ En ce sens, v° C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°309, p.325, et n°798, p. 793-794.

⁸²⁹ W. W. PARK, *op. cit.*, p.17.

⁸³⁰ En ce sens, Messieurs Seraglini et Ortscheidt considèrent que cette obligation appelle de l'arbitre qu'il « évite que sa sentence ne s'expose trop facilement à une annulation au siège ou à un refus d'exequatur au lieu de son exécution prévisible et, plus généralement, dans la plupart des pays » (C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°798, p.794).

trouver face à une incompatibilité entre la loi normalement applicable (loi du siège de l'arbitrage qui régit l'instance ou loi applicable au fond du litige) et une loi d'ordre public imposée par l'un des lieux potentiels d'exequatur. Ainsi, la reconnaissance d'une véritable obligation autonome de rendre une sentence efficace pourrait soulever des conflits de lois, outre les difficultés qu'elle poserait dans la problématique de la mise en œuvre de la responsabilité arbitrale.

Pour toutes ces raisons, il nous semble que l'obligation de rendre une sentence efficace ne doit pas être perçue comme une obligation autonome de l'arbitre. Elle ne devrait donc pas intégrer la classification qui consiste à distinguer les obligations juridictionnelles de l'arbitre de ses obligations contractuelles.

CONCLUSION DU CHAPITRE

219. Les développements qui précèdent ont permis de vérifier la pertinence du critère de classification proposé pour identifier les obligations juridictionnelles de l'arbitre, par contraste avec ses obligations contractuelles. Ce critère, que l'on désigne comme le critère de la comparaison, consiste à s'interroger sur le point de savoir si les obligations qui pèsent sur l'arbitre sont également assumées par le juge. En cas de réponse positive, les obligations de l'arbitre se rattachent à sa fonction juridictionnelle. En cas de réponse négative, elles se rattachent à sa mission contractuelle.

L'effet positif du critère de la comparaison se produit naturellement chaque fois que le juge et l'arbitre partagent des obligations identiques. Cette identité se manifeste tant quant à la dénomination de l'obligation que quant à son contenu. Ainsi, lorsque l'arbitre assume une obligation qui pèse de la même façon sur le juge, cette obligation se rattache à sa fonction juridictionnelle. Tel est le cas de l'obligation de respecter les principes directeurs du procès que sont la contradiction, le dispositif, la loyauté procédurale et l'égalité entre les parties, et des obligations de délibérer et de motiver la décision rendue. Un manquement à ces obligations sera donc de nature à engager la responsabilité délictuelle de l'arbitre.

L'effet négatif du critère de la comparaison, quant à lui, trouve à s'appliquer lorsque les obligations de l'arbitre ne se retrouvent pas chez le juge. Cette dissemblance se produit soit lorsque les obligations sont opposées (obligation de confidentialité pour

l'arbitre et obligation de publicité pour le juge), soit lorsque les obligations sont assumées par l'arbitre seul (obligation de révélation et obligation de respecter les délais de l'arbitrage). Ces obligations qui ne se retrouvent pas chez le juge doivent être rattachées à la mission contractuelle de l'arbitre et engager, en cas de manquement, sa responsabilité contractuelle.

Le critère proposé permet donc de classer un certain nombre d'obligations de l'arbitre en les rattachant à sa fonction juridictionnelle ou à sa mission contractuelle. Sa mise en œuvre peut toutefois s'avérer plus délicate pour certaines obligations.

Chapitre 2 : Les difficultés d'application du critère de la comparaison

220. Le critère de la comparaison avec le juge a permis de procéder à une qualification de la plupart des obligations de l'arbitre. Jusqu'à présent, l'application du critère n'a pas posé de difficultés d'application : soit le juge et l'arbitre sont tenus d'obligations identiques, de même dénomination et de même contenu, soit l'arbitre est tenu d'obligations qui ne pèsent pas sur le juge. Dans chacune de ces hypothèses, le choix de la qualification est simple.

En revanche, il y a un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles l'utilisation du critère de la comparaison s'avère moins évidente. Ces difficultés peuvent tenir à deux facteurs. D'abord, la comparaison est parfois trompeuse, car elle fait apparaître une similarité qui ne justifie pas pour autant une qualification juridictionnelle de l'obligation. Ensuite, la comparaison est parfois difficile à mener, parce que les obligations de l'arbitre ne sont pas tout à fait identiques à celles du juge : elles peuvent différer par leur dénomination ou par leur contenu.

Il est donc nécessaire d'envisager plus avant ces difficultés pour déterminer si elles peuvent être dépassées, ou si elles menacent l'efficacité du critère proposé. On envisagera donc dans un premier temps les difficultés tenant à une similarité entre les obligations du juge et de l'arbitre (Section 1) puis, dans un second temps, les difficultés tenant à un défaut d'identité entre les obligations du juge et de l'arbitre (section 2).

Section 1 : Les difficultés tenant à une similarité trompeuse entre les obligations

Le critère proposé devrait conduire à qualifier de juridictionnelles les obligations de l'arbitre qui sont en tous points similaires à celles du juge. Cependant, il est des obligations qui sont identiques (§1) mais qui ne doivent pas pour autant être rattachées à la fonction juridictionnelle de l'arbitre, parce qu'elles sont en réalité purement administratives (§2).

§1) Des obligations identiques

Deux des obligations assumées par l'arbitre se retrouvent à l'identique à la charge du juge : l'obligation de participer à la constitution du tribunal arbitral (A) et celle d'organiser l'instance (B).

A) L'obligation de participer à la constitution du tribunal arbitral

L'obligation de participer à la constitution du tribunal arbitral pèse à la fois sur l'arbitre et sur le juge (1). Pour l'un et l'autre, elle revêt un contenu globalement identique, malgré quelques différences (2).

1. Une dénomination identique

L'obligation de participer à la constitution du tribunal arbitral pèse sur l'arbitre (a) comme sur le juge (b), sous la même dénomination.

a. L'obligation faite à l'arbitre de participer à la constitution du tribunal arbitral

221. En matière d'arbitrage interne, l'obligation de l'arbitre de participer à la constitution du tribunal arbitral ressort de l'article 1452, 2°, du Code de procédure civile. Ce texte prévoit, qu'à moins que les parties n'en disposent autrement, chaque partie choisit un arbitre et que ce sont ces arbitres nommés qui désignent le troisième arbitre du tribunal. Il incombe donc aux deux arbitres nommés par les parties de procéder eux-mêmes à la désignation du troisième membre du tribunal arbitral. Avant le décret du 13 janvier 2011, la pratique était favorable à ce que chaque partie⁸³¹ choisisse un arbitre⁸³². Depuis, cette pratique a été codifiée.

Toutefois, cette obligation n'existe que dans les hypothèses dans lesquelles le tribunal est collégial. Le texte ne s'applique d'ailleurs qu'en « *cas d'arbitrage par trois arbitres* ». En revanche, en présence d'un tribunal constitué d'un arbitre unique, la charge de désigner le tribunal revient aux parties, conformément à l'article 1452, 1°, du

⁸³¹ Le terme « choisir » est ici utilisé à dessein. En effet, comme le souligne Monsieur Clay dans son commentaire de l'article 1452 du Code civil, le Code a eu la précision d'énoncer que chaque partie « choisit » son arbitre, lequel est ensuite désigné par les deux parties (T. CLAY, *Code de l'arbitrage commenté*, LexisNexis, édition 2015, commentaire sous l'article 1452 du Code de procédure civile).

⁸³² En ce sens, v° P. FOUCARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, spé. n°773, p.477.

Code de procédure civile. À défaut d'accord entre elles, cette tâche revient à l'institution arbitrale chargée d'organiser l'arbitrage, pour les arbitrages institutionnels, ou au juge d'appui, pour les arbitrages *ad hoc*. De fait, l'hypothèse d'un tribunal à arbitre unique, il apparaît évidemment qu'il ne peut être demandé à un arbitre de participer à la nomination. En effet, puisque par définition la mission d'un arbitre est temporaire et qu'elle commence par sa nomination et se termine par la reddition de la sentence, aucun arbitre n'est nommé de manière permanente de telle sorte qu'il pourrait nommer les autres arbitres. L'existence d'une obligation faite aux arbitres internes de participer à la constitution du tribunal suppose donc que le tribunal soit collégial.

222. En matière d'arbitrage international, aucun texte ne régit spécifiquement la constitution du tribunal, mais l'article 1506, 3°, du Code de procédure civile renvoie très expressément aux dispositions de l'article 1452 du Code de procédure civile, dans son intégralité. Il s'en déduit naturellement que l'obligation d'aider à la constitution qui pèse sur l'arbitre interne s'applique de la même manière à l'arbitre international. En conséquence, l'arbitre international doit participer à la constitution du tribunal afin de nommer le dernier arbitre, lorsque le tribunal arbitral est composé de trois arbitres, sauf bien sûr à ce que les parties en aient décidé autrement.

Cette obligation de participer à la constitution du tribunal pèse aussi sur le juge.

b. L'obligation faite au juge de participer à la constitution du tribunal

223. En matière judiciaire, l'obligation de participer à la constitution du tribunal qui aura pour mission de trancher le différend ressort d'un cumul de fondements. Elle est donc moins évidente pour le juge que pour l'arbitre, mais guère plus contestable. Ainsi, l'article L. 121-3, alinéa 1^{er}, du Code de l'organisation judiciaire prévoit que « *chaque année, le premier président de la Cour de cassation, le premier président de la cour d'appel et le président du tribunal judiciaire répartissent les juges dans les différents pôles, chambres et services de la juridiction* ». C'est donc un magistrat qui constitue les chambres et désigne les magistrats qui sont appelés à y siéger. L'article 904 du Code de procédure civile ajoute que le président du tribunal désigne la chambre à laquelle

l'affaire est distribuée⁸³³. Il ressort donc du cumul de ces textes que les juges qui sont appelés à connaître des affaires ont tous été choisis par un magistrat, en l'occurrence le président de la juridiction, qui leur attribue les affaires sur lesquelles ils statuent. Autrement dit, le président de la juridiction doit participer à la constitution du tribunal qui tranche le litige en attribuant une chambre à chaque juge et les affaires à chaque chambre.

Le juge et l'arbitre peuvent donc être tenus d'une même obligation de participer à la constitution du tribunal dans lequel ils siègent. Cette obligation présente pour l'un et l'autre un contenu équivalent, malgré quelques différences.

2. *Un contenu équivalent*

224. L'obligation de participer à la constitution du tribunal diffère légèrement, dans ses modalités, selon qu'elle s'applique aux juges ou aux arbitres. Pour autant, le contenu de l'obligation reste équivalent.

225. En premier lieu, la liberté du juge de choisir les membres du tribunal est plus contrainte que celle de l'arbitre. En effet, ne peuvent être magistrats⁸³⁴ que les personnes qui ont répondu positivement aux exigences d'accès à la profession, à savoir réussir l'un des concours de l'École nationale de la magistrature⁸³⁵. Parallèlement, l'accès au statut d'arbitre est beaucoup plus libre, puisqu'il n'est limité par aucun concours. En outre, le juge est tenu de faire son choix parmi les magistrats qui relèvent

⁸³³ La même précision est apportée par 758 du Code de procédure civile pour les instances introduites par requête et par l'article 929 du même Code pour les procédures d'appel par requête conjointe.

⁸³⁴ Les juges consulaires ne sont pas des magistrats, ils n'appartiennent pas au corps judiciaire conformément à l'article 1^{er} de l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature. Ce sont des personnes élues par leurs pairs mais qui doivent subir une formation juridique à la prise de fonction, de manière continue, laquelle ne peut être dispensée que par l'École nationale de la magistrature, conformément au décret n°2018-664 du 27 juillet 2018.

⁸³⁵ L'accès à la magistrature se fait nécessairement par le truchement de l'École nationale de la magistrature. Son intégration se fait par concours ou par titre, conformément à l'article 16 de l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature. Pour l'admission par concours, le candidat doit réussir l'un des trois concours différents, conformément à l'article 17 de l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature. Le premier est ouvert aux étudiants, le second aux personnels de la fonction publique et le troisième aux personnes du secteur privé. Pour l'admission sur titre, le candidat doit faire état de diplômes témoignant d'une grande expertise de la science juridique, conformément aux dispositions de l'article 18-1 de l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

de sa juridiction, tandis qu'une telle limitation ne se conçoit pas en matière arbitrale. Le choix des membres du tribunal apparaît alors très restreint pour le juge, quand il s'avère beaucoup plus libre pour l'arbitre.

Cette liberté, toutefois, n'est pas totale en matière d'arbitrage. En effet, s'il est vrai que l'accès au statut d'arbitre ne répond pas aux mêmes exigences que l'accès à la profession de juge, il n'en demeure pas moins que le choix des arbitres peut, lui aussi, être limité. Il peut l'être évidemment par l'expression des parties qui auront prévu, par exemple que seules les personnes qui exercent telle ou telle profession seront aptes à intégrer le tribunal arbitral. De manière générale, les arbitres ne nommeront jamais en troisième arbitre un « *quidam* », car il en irait de leur réputation, laquelle est nécessaire pour être nommé dans une justice qui ne repose que sur la confiance des parties.

Ainsi, si le choix de la constitution du tribunal peut être limité tant pour l'arbitre que pour le juge ; c'est simplement la manière dont cette limitation est faite qui diffère. Il n'en reste pas moins que l'arbitre, lorsqu'il est tenu de participer à la constitution du tribunal arbitral, assume une obligation qui pèse également sur le juge, dans la justice judiciaire.

226. En second lieu, l'obligation de participer à la constitution du tribunal s'impose au juge et à l'arbitre suivant une temporalité différente : le juge est appelé à participer à la constitution du tribunal tout au long de sa carrière, tandis que l'arbitre ne se prête à cet exercice que dans certaines hypothèses. Cette mission est donc permanente pour le juge alors qu'elle n'est que ponctuelle pour l'arbitre. Cette différence n'en est pas vraiment une : elle n'est que le reflet de la différence intrinsèque qui existe entre les deux justices. L'arbitrage, qui est la justice choisie par les parties, conduit à faire de l'arbitre le juge d'une affaire. Il n'exerce que ponctuellement ses fonctions, tandis que le juge les exerce de façon permanente, à l'échelle d'une carrière. Par conséquent, l'arbitre ne participera à la constitution de tribunal qu'autant qu'il est nommé, alors que le président de la juridiction le fera pour toutes les affaires. Mais il n'y a là qu'une différence de fréquence et non une différence de contenu dans l'objet même de l'obligation.

227. Malgré ces quelques divergences dans les modalités suivant lesquelles l'obligation s'impose au juge et à l'arbitre, l'obligation revêt un même contenu. Ainsi, le

juge comme l'arbitre doivent choisir une personne qui aura à connaître d'une affaire qu'il devra trancher. L'arbitre le fait lorsqu'il a été choisi par les parties, pour aider à la désignation du dernier arbitre. Le président du tribunal judiciaire le fait systématiquement en attribuant à chaque juge une chambre puis à la chambre une affaire. Leur mission est donc similaire : il s'agit à chaque fois de participer à la constitution du tribunal qui tranchera l'affaire en confiant cette mission à une personne déterminée.

Dès lors, puisqu'elle est partagée par le juge et l'arbitre, cette obligation de participer à la constitution du tribunal arbitral devrait être rattachée à la fonction juridictionnelle de l'arbitre. Toutefois, la similarité est ici trompeuse car, on le verra, cette obligation ne s'impose pas au juge dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle⁸³⁶.

La même difficulté se présente au sujet de l'obligation d'organiser matériellement l'instance.

B) L'obligation d'organiser matériellement l'instance

228. Pour que juge et arbitre puissent statuer, il faut notamment que les audiences puissent se tenir en un lieu propice, que toutes les parties prenantes se retrouvent en ce lieu à une heure convenue, qu'elles aient donc été dûment convoquées, ou encore que la langue dans laquelle les échanges vont se tenir soit fixée. Certaines contingences matérielles doivent donc être réglées pour que la justice puisse se tenir.

229. En matière d'arbitrage, cette question de l'organisation matérielle n'est prévue par aucun texte. Si l'arbitre se voit confier cette mission, c'est donc qu'elle lui aura été imposée par les parties. De fait, les parties ont trois possibilités pour régler ces difficultés matérielles. Elles peuvent d'abord confier cette tâche à une institution arbitrale, lorsque l'arbitrage est institutionnel. L'institution arbitrale se chargera alors de l'organisation matérielle⁸³⁷, en vertu du contrat d'organisation arbitrale⁸³⁸ passé avec

⁸³⁶ V° *infra*, n°234.

⁸³⁷ En ce sens, v° S. ELATAFY, *La responsabilité des centres d'arbitrage*, Thèse dactylographiée, Lyon, 2016, p. 135 ; C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°281, p. 274. Certains règlements d'arbitrage prévoient expressément une telle obligation : le règlement du CMAP prévoit en son article 1^{er} « Adhésion » que la mission du centre d'arbitrage tient dans l'organisation de l'arbitrage ; de même, le règlement d'arbitrage

les parties. L'institution sera assistée dans cette tâche par le tribunal arbitral. Ensuite, les parties peuvent aussi décider de ne pas placer leur arbitrage sous l'égide d'une institution⁸³⁹, procédant alors à un arbitrage *ad hoc*. Elles pourront alors choisir de régler elles-mêmes l'organisation de l'arbitrage⁸⁴⁰. Enfin, elles pourront également confier cette organisation matérielle aux arbitres directement, par convention. Ainsi, même si l'obligation d'organiser matériellement l'instance ne lui est pas imposée par un texte du Code de procédure civile, il n'en demeure pas moins que l'arbitre peut s'en trouver débiteur, par l'effet de la volonté des parties.

230. En matière de justice étatique, l'organisation matérielle de l'arbitrage est plus encadrée puisque le Code de l'organisation judiciaire la mentionne en filigrane pour la faire peser sur certains juges.

Ainsi, l'article R. 212-58 du Code de l'organisation judiciaire, applicable à l'organisation et au fonctionnement du tribunal judiciaire, et plus précisément à son administration, impose au président du tribunal judiciaire et au procureur de la République près ce tribunal de s'assurer, chacun en ce qui le concerne, de la « *bonne administration des services judiciaires et de l'expédition normale des affaires* ». C'est donc eux qui se chargent de superviser les questions d'organisation matérielle de l'instance.

De la même façon, l'administration des services judiciaires dans le ressort des cours d'appel est confiée conjointement au premier président de la cour d'appel et au procureur général près cette cour par l'article R. 312-65 du Code de l'organisation judiciaire⁸⁴¹.

de la Chambre de commerce internationale prévoit, dans sa préface, que la CCI a pour fonction l'administration de l'arbitrage.

⁸³⁸ Monsieur Elafaty évoque un « *contrat de direction de l'arbitrage* » à ce sujet (S. ELATAFY, *op. cit.*, p. 31).

⁸³⁹ Ces situations seront plus rares, à en croire Monsieur Fouchard, qui notait : « on s'accorde à reconnaître également que l'arbitrage institutionnel est beaucoup plus fréquent que l'arbitrage *ad hoc*, sans pouvoir cependant avancer ici la moindre statistique fiable » (P. FOUCHARD, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique (à propos d'une jurisprudence récente) », *Rev. arb.*, 1987, p. 225 et s., spé. n°2).

⁸⁴⁰ Si cette hypothèse est possible, on imagine mal les parties, alors qu'elles s'opposent sur un point nécessitant qu'elles aient recours à l'arbitrage, parvenir à un accord sur les contingences matérielles. Cette hypothèse nous paraît essentiellement théorique.

⁸⁴¹ Le texte précise d'ailleurs que ces magistrats sont assistés dans cette tâche par le service administratif régional, lequel intervient notamment, conformément à l'article R. 312-70 du Code de l'organisation judiciaire, dans les domaines de la gestion des équipements en matière de systèmes d'information ou de la gestion du patrimoine immobilier et du suivi des opérations d'investissement. Tout cela relève, de manière générale, de l'organisation matérielle de l'instance.

Ainsi, lorsque l'arbitre se voit confier la tâche d'organiser matériellement l'instance, il assume une obligation qui pèse également, avec un contenu similaire, sur le juge étatique. Là encore, cette identité des obligations devrait conduire, par application du critère de la comparaison, à rattacher cette obligation de l'arbitre à sa fonction juridictionnelle. Il faut toutefois s'en garder : si ces obligations sont bien similaires, elles relèvent de l'exercice de la fonction administrative des magistrats, et non de leur fonction juridictionnelle.

§2) Des obligations administratives par nature

231. Si les juges sont investis d'une mission juridictionnelle que l'État leur a déléguée, cette mission n'est pas la seule qu'ils remplissent. En effet, certains juges exercent, à côté de leur fonction juridictionnelle, des fonctions administratives qui leur imposent certaines obligations (A). Dès lors, si l'arbitre partage avec le juge certaines de ces obligations qui sont administratives par nature, alors elles ne pourront pas être rattachées à la fonction juridictionnelle de l'arbitre et devront alors être dites de nature contractuelle (B).

A) L'existence d'obligations non juridictionnelles du juge

232. Certains juges, en particulier les présidents de juridiction, exercent des fonctions administratives en sus de leurs fonctions juridictionnelles. En ce sens, Madame Fricero a pu souligner que « *le président du tribunal est investi de fonctions particulières, attachées à sa qualité de président (COJ, art. L. 213-1 : le président a compétence dans les matières déterminées par la loi et le règlement). Ces attributions sont de type administratif, extrajudiciaire et juridictionnel* »⁸⁴².

Par exemple, au titre de ses obligations administratives, le président du tribunal « *distribue les affaires entre les différentes chambres du tribunal* »⁸⁴³. Ainsi, quand le juge constitue un tribunal afin que ce dernier tranche un litige, il n'agit pas dans le cadre de l'exercice de sa fonction juridictionnelle, mais dans celui de sa fonction administrative. D'ailleurs, ce n'est pas en qualité de juge qu'il a ce pouvoir, puisque seul le président du

⁸⁴² N. FRICERO, *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, v° Tribunal de grande instance : organisation et compétence, 2009, spé. n°53.

⁸⁴³ *Ibid.*, n°55.

tribunal ou celui qu'il a désigné comme délégué peut attribuer l'affaire à une chambre qu'il a préalablement constituée. C'est donc en qualité de président du tribunal que cette obligation lui est faite. En devenant président de tribunal, il a non seulement étendu ses fonctions juridictionnelles mais y a, en outre, ajouté des fonctions administratives qui le conduisent à constituer le tribunal.

De la même manière, les magistrats qui exercent les fonctions de chef de juridiction doivent, au titre de ces fonctions particulières, participer à l'organisation et à l'administration matérielle de leur juridiction⁸⁴⁴.

Les obligations de participer à la constitution du tribunal arbitral et d'organiser matériellement l'instance sont donc deux obligations qui se rattachent à l'exercice de fonctions administratives des juges. Cette particularité implique de tempérer l'application du critère de la comparaison.

B) La nature contractuelle des obligations non juridictionnelles de l'arbitre

233. Jusqu'à présent, le critère de la comparaison a conduit à qualifier de juridictionnelles toutes les obligations qui s'appliquent à l'arbitre et au juge sous la même dénomination et avec le même contenu. Dans toutes ces hypothèses, le juge était tenu de ces obligations au titre de sa fonction juridictionnelle. En effet, ce n'est pas parce qu'il est président de tribunal ou chef de juridiction que le juge respecte le principe dispositif, le principe de la contradiction, la loyauté, l'égalité ou encore qu'il délibère en secret ou motive ses décisions. Toutes ces obligations s'imposent à lui parce qu'il est juge, indépendamment de son rang dans la hiérarchie.

234. À l'inverse, les obligations de participation à la constitution du tribunal ou à l'organisation matérielle de l'instance sont assumées par certains juges, à raison de leur rang dans la hiérarchie. Elles sont donc pas nature administratives. Dès lors, si l'arbitre en est aussi tenu, elles ne doivent pas pour autant être rattachées à sa fonction

⁸⁴⁴ G. CHABOT, *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, v° Tribunal d'instance : organisation et compétence, 2013, n°56 et s. ; M.-L. CAVROIS, « L'administration des juridictions de l'ordre judiciaire en France », communication présentée au Colloque du Comité Franco-Britanno-Irlandais de coopération judiciaire, Belfast, 10 mai 2007, accessible sur https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/10-05-2007/10-05-2007_cavrois.pdf, spé. p.8.

juridictionnelle. Puisqu'elles ne relèvent pas de la fonction juridictionnelle du juge, elles ne se rattachent pas non plus à la fonction juridictionnelle de l'arbitre. Par élimination, il faut donc rattacher ces obligations à la mission contractuelle de l'arbitre.

D'ailleurs, c'est toujours un contrat qui investira l'arbitre de l'obligation d'organiser matériellement l'instance, à défaut de disposition légale en ce sens⁸⁴⁵. En outre, lorsque l'organisation de l'instance ou la désignation de l'arbitre est confiée à l'institution arbitrale, ces tâches ne peuvent, par hypothèse, pas revêtir une nature juridictionnelle, puisque les institutions arbitrales n'ont, par essence⁸⁴⁶, qu'une seule fonction : celle d'administrer la procédure⁸⁴⁷. Elles n'ont aucune fonction juridictionnelle⁸⁴⁸. Par conséquent, la constitution du tribunal, tout comme l'organisation matérielle de l'instance, ne peuvent pas être qualifiées d'obligations juridictionnelles. Purement administratives dans la justice étatique, elles sont contractuelles dans la justice arbitrale.

235. Les développements qui précèdent ont démontré que l'assimilation entre les obligations du juge et celles de l'arbitre est parfois trompeuse. En effet, alors même qu'elles sont partagées par le juge et l'arbitre, certaines obligations de l'arbitre ne doivent pas être qualifiées de juridictionnelles. De fait, ces obligations ne pèsent pas sur tous les juges mais seulement sur certains, qui ont, par leur rang dans la hiérarchie, acquis des fonctions administratives en plus de leur fonction juridictionnelle. Elles ne sont donc pas assumées par le juge dans l'exercice de ses fonctions juridictionnelles, mais dans l'exercice de ses fonctions administratives. En conséquence, elles ne pèsent pas sur l'arbitre en sa qualité de « juge ». Il faut donc les rattacher à la mission contractuelle et non à sa fonction juridictionnelle.

⁸⁴⁵ Sur ce point, v° *supra*, n°229.

⁸⁴⁶ En ce sens, v° P. FOUCHARD, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique (à propos d'une jurisprudence récente) », *op. cit.*, p.225. *Adde* Paris, 29 novembre 1985, *Rev. arb.*, 1987, p. 335. Pour une opinion contraire, v° S. ELATAFY, *op. cit.*, p.180 et s., pour qui il est confié aux institutions arbitrales des missions qui relèvent de l'exercice d'une fonction juridictionnelle.

⁸⁴⁷ En ce sens, v° C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, coll. Domat Droit privé, 1^e édition, 2013, spé. n°20 p.25 ; B. MOREAU, E. GLUCKSMANN, P. FENG, *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, v° Arbitrage international, 2016, spé. n°168 ; C. SERAGLINI, « Du contrôle de l'impartialité et de l'indépendance d'un centre d'arbitrage », *RCDIP*, 2002, p.124 et s., spé. n°15, note sous Civ. 1^e, 20 février 2001, n°99-12.574, *Bull I*, n°39 ; E. LOQUIN, *Encyclopédie JurisClasseur Procédure civile*, v° Fasc. 1002 : Arbitrage – Institutions d'arbitrage, 2012, spé. n°24 ; P. FOUCHARD, « Typologie des institutions d'arbitrage », *Rev. arb.*, 1990, p.281 et s., spé. p.286.

⁸⁴⁸ En ce sens, v° P. FOUCHARD, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique (à propos d'une jurisprudence récente) », *op. cit.*, n°12 ; B. MOREAU, E. GLUCKSMANN, P. FENG, *op. cit.*, n°168 ; E. LOQUIN, *Encyclopédie JurisClasseur Procédure civile*, v° Fasc. 1002, *op. cit.*, n°22.

Ces éléments aboutissent donc à la nécessité d'affiner le critère de l'assimilation : les obligations de l'arbitre ne sont juridictionnelles que lorsqu'elles sont partagées par tous les juges, indépendamment de leur statut hiérarchique.

Il convient dorénavant d'éprouver le critère de la comparaison à une autre difficulté, pouvant tenir à un défaut d'équivalence entre les obligations du juge et de l'arbitre.

Section 2 : Les difficultés tenant à un défaut de similarité entre les obligations

236. Le critère de la comparaison proposé conduit à qualifier de juridictionnelles les obligations de l'arbitre qui sont similaires à celles du juge. L'effet négatif de ce critère devrait donc, *a priori*, conduire à considérer que les obligations de l'arbitre qui ne partagent pas avec le juge une dénomination commune et un contenu commun sont de nature contractuelle. Pour qu'il en soit ainsi, encore faut-il qu'au-delà de dénominations différentes, les obligations de l'arbitre ne se retrouvent pas en substance dans des obligations du juge. Autrement dit, une obligation qui porte une dénomination originale à l'arbitrage ne doit pas exister sous un autre intitulé chez le juge. Dans une telle hypothèse, les obligations auraient alors, en dépit d'une différence de dénomination, un contenu similaire autorisant leur rattachement à la fonction juridictionnelle de l'arbitre (§1).

Ainsi, pour qu'une obligation soit rattachée à la catégorie contractuelle, il faut qu'elle présente un contenu propre à l'arbitrage, qui ne se retrouve pas dans les obligations du juge. De fait, il peut exister, au sujet de nombreuses obligations, des différences selon qu'elles s'appliquent à l'arbitre ou juge. Le juge étant l'incarnation de la justice étatique et l'arbitre, celle d'une justice privée, le premier tient sa fonction juridictionnelle de l'État tandis que le second la tient de l'expression de la volonté des parties. Ces différences peuvent naturellement conduire à ce que les obligations qui pèsent sur le juge et sur l'arbitre ne soient pas identiques. Pour autant, cela ne signifie pas nécessairement que leur caractère juridictionnel doive être exclu. Il se peut en effet que les différences constatées ne soient que le fruit d'adaptations propres à chacune des formes de justice. Des obligations qui présenteraient une même dénomination mais un

contenu différent pour le juge et l'arbitre pourraient néanmoins être qualifiées de juridictionnelles, si leurs contenus s'avèrent en réalité suffisamment proches pour être assimilables (§2).

§1) Des obligations de dénomination différente mais de contenu similaire

237. L'une des obligations de l'arbitre, posée par le Code de procédure civile, n'a, *a priori*, pas d'équivalent chez le juge : l'obligation de célérité. À première vue, cette absence d'identité incite à trancher en faveur de la nature contractuelle de cette obligation, par application de l'effet négatif du critère de la comparaison. Toutefois, nous verrons que cette obligation trouve en réalité son équivalent chez le juge. Ainsi, en dépit d'une dénomination différente (A), l'obligation de célérité est assimilable, par son contenu, à l'obligation de respecter un délai raisonnable pesant sur le juge (B). Elle doit donc être classée parmi les obligations juridictionnelles de l'arbitre.

A) Célérité et délai raisonnable : une dénomination différente

238. La célérité, ainsi nommée, n'est imposée qu'à l'arbitre. En effet, l'arbitre interne est tenu d'une obligation de célérité qui se fonde sur l'article 1464 alinéa 3 du Code civil, ainsi formulé : « *Les parties et les arbitres agissent avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure* ». Ce texte est aussi celui en vertu duquel l'arbitre international est soumis à cette même obligation, par l'effet du renvoi opéré par l'article 1506, 3°, du Code de procédure civile. De ces fondements, il s'évince un premier constat : l'obligation de célérité qui pèse sur l'arbitre est le fruit d'un texte qui est propre à l'arbitrage, et non d'un renvoi à un texte s'appliquant au juge. Il s'agit là d'un premier indice de l'apparente autonomie de cette obligation.

Ce constat se prolonge par celui de l'absence, dans le Code de procédure civile, de tout texte imposant au juge une obligation de célérité. D'ailleurs, le terme « célérité » ne trouve que deux occurrences dans l'ensemble du Code de procédure civile : l'une est propre à l'arbitrage ; l'autre est utilisée pour caractériser une situation conférant au juge

des référés un pouvoir spécifique⁸⁴⁹. Aucune de ces occurrences n'impose au juge d'agir avec célérité. C'est dire s'il est alors *a priori* impossible, sur le fondement des textes, de considérer qu'une obligation dénommée célérité serait partagée par le juge et l'arbitre.

239. Pour autant, l'absence d'obligation de célérité du juge n'empêche pas que la gestion du temps du procès donne lieu à une obligation pour le juge. Une telle obligation se fonde notamment sur l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui énonce que « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial* »⁸⁵⁰. Cette même exigence est reprise à l'article L. 111-3 du Code de l'organisation judiciaire⁸⁵¹ qui prévoit que « *Les décisions de justice sont rendues dans un délai raisonnable* ». Ce texte impose donc au juge le respect d'un délai raisonnable.

⁸⁴⁹ L'article 485, alinéa 2, du Code de procédure civile énonce : « Si, néanmoins, le cas requiert célérité, le juge des référés peut permettre d'assigner, à heure indiquée, même les jours fériés ou chômés ». Cette référence à la « célérité » ne vise pas une obligation du juge, mais un pouvoir laissé au juge des référés, quand la situation requiert de la célérité. Autrement dit, dans ce texte, la célérité n'est pas une obligation du juge, mais un caractère d'une situation qui donne un pouvoir particulier à un juge particulier, à savoir autoriser à assigner à heure fixe (en ce sens, v° G. MAUGAIN, Répertoire de procédure civile, Dalloz, v° Assignation, 2016, spé. n°62).

⁸⁵⁰ Madame Chainais souligne que « L'exigence d'une justice rendue dans le cadre d'un délai raisonnable est consacrée en droit positif par l'article 6, §1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (C. CHAINAIS, « Le temps », in Rapport annuel de la Cour de cassation 2014 : Le temps dans la jurisprudence de la Cour de cassation, La documentation française, 2015, p.125 et s., spé. p.212). Dans le même sens, v° E. JEULAND, Droit processuel général, LGDJ, coll. Précis Domat, 4^e édition, 2018, spé. n°132 et s., p.238 et s. ; S. GUINCHARD (dir.), Droit processuel, Droits fondamentaux du procès, Dalloz, coll. Précis, 10^e édition, 2019, spé. n°564, p.1346.

⁸⁵¹ Ce principe de délai raisonnable se retrouve aussi à l'article 47 alinéa 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui a, depuis le Traité de Lisbonne, une valeur juridique équivalente aux traités de l'Union européenne ; ou encore à l'article 7-1 des Principes ALI/UNIDROIT. C'est aussi la position adoptée par la Cour de cassation qui rend ses décisions sur la notion de délai raisonnable au visa de l'article 6, §1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (en ce sens, v° par ex. Com., 27 mars 2019, n°18-15.005, *Bull IV*, n°80 ; Civ. 2^e, 27 septembre 2018, n°16-28.647 ; Com., 14 février 2012, n°11-11.750, *Bull IV*, n°32 ; Soc., 21 novembre 2002, n°00-22.197, où la Cour de cassation énonce très clairement « *Vu l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; Attendu qu'aux termes de ce texte, toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial* »). Le Conseil d'Etat, quant à lui, considère que l'exigence d'un délai raisonnable s'analyse en l'un « *des principes généraux qui gouvernent le fonctionnement des juridictions administratives* », en toute indépendance de l'article 6, §1, de la Convention européenne des droits de l'Homme (en ce sens, CE, 17 juillet 2009, *Ville de Brest*, n°295653 ; CE, 26 mai 2010, *Mafille*, n°316292 ; CE, 13 juillet 2016, n°389760). Jusqu'à la décision *Ville de Brest* du 17 juillet 2009, le Conseil d'État s'appuyait également sur l'article 6, §1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour reconnaître ce principe (en ce sens, v° CE, 28 juin 2002, *Magiera*, n°239575, *Lebon* 247 ; *AJDA* 2002, p.596, chron. F. DONNAT et D. CASAS ; *GACA*, Dalloz, coll. Grands arrêts, 7^e édition, 2020, 6, p.117 et s., par P. CASSIA ; *D.*, 2003, p.23, note V. HOLDERBACH-MARTIN ; *RFDA*, 2002, p.756, concl. F. LAMY ; *adde* J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Délai raisonnable du procès, recours effectif ou déni de justice ? », *RFDA*, 2003, p.85 et s.).

Ainsi, seul l'arbitre est tenu d'une obligation de célérité, tandis que le juge est tenu de statuer dans un délai raisonnable. Ces deux obligations revêtant des dénominations différentes, le critère de la comparaison devrait conduire à qualifier de contractuelle l'obligation de célérité de l'arbitre, qu'il est le seul à assumer. Toutefois, cette différence de dénomination doit être dépassée car il apparaît en réalité que l'obligation de célérité de l'arbitre revêt le même contenu que l'obligation du juge de respecter un délai raisonnable. En substance, ces obligations sont identiques.

B) Célérité et délai raisonnable : un contenu identique

240. La notion de célérité n'est pas définie en tant que telle par l'article 1464, alinéa 3, du Code de procédure civile, ni même d'ailleurs par la jurisprudence. Dans le langage courant, les notions de célérité et de délai ne sont guère éloignées l'une de l'autre. En effet, la célérité est définie par le dictionnaire Larousse comme la « *rapidité, [la] promptitude dans l'exécution* »⁸⁵². Elle s'entend donc du temps passé pour exécuter une tâche ; en l'occurrence, s'agissant de la justice arbitrale, il s'agirait de la rapidité dans le processus qui permet d'aboutir à la reddition d'une sentence. Parallèlement, la notion de délai est définie comme le « *temps laissé pour faire quelque chose, pour l'obtenir : Exécuter un travail dans le délai fixé* »⁸⁵³. Si ce délai est raisonnable, on peut alors comprendre qu'il s'agit du temps raisonnablement laissé pour faire quelque chose. Cela renvoie donc, en matière procédurale, au temps raisonnable laissé pour trancher le litige. Il ressort de ces définitions du langage courant que la célérité et le délai raisonnable sont deux notions voisines en ce qu'elles se rattachent l'une et l'autre au temps nécessaire pour exécuter une tâche.

Au-delà de ces définitions, l'assimilation de l'obligation de célérité imposée à l'arbitre et de l'obligation de respecter un délai raisonnable imposée au juge ressort tant de la jurisprudence (1) que de la doctrine majoritaire (2).

1. L'assimilation jurisprudentielle de la célérité au délai raisonnable

⁸⁵² Dictionnaire Larousse, v° Célérité.

⁸⁵³ Dictionnaire Larousse, v° Délai.

241. L'assimilation jurisprudentielle de la célérité au délai raisonnable se manifeste d'abord à travers les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'Homme : la réception de la notion de délai raisonnable par cette juridiction se rapproche fortement de la notion de célérité.

Ainsi, par exemple, dans une décision *Roduit contre Suisse*, un requérant reprochait à la Suisse d'avoir violé les dispositions de l'article 6, §1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales qui est, on l'a vu, le siège de l'obligation faite au juge de respecter un délai raisonnable. La Cour européenne des droits de l'Homme a énoncé : « *la Cour rappelle qu'il n'appartient pas à cette dernière de spéculer sur l'issue d'une procédure conforme aux exigences de l'article 6 § 1 de la Convention (...). Seul entre en ligne de compte le préjudice qu'aurait entraîné le dépassement du délai raisonnable, soit la violation du principe de célérité de la procédure. Il faut donc un lien de causalité entre la violation alléguée et un hypothétique dommage matériel dûment étayé* »⁸⁵⁴. La Cour assimile ici très explicitement le dépassement du délai raisonnable à la violation du principe de célérité. C'est dire si, dans sa conception, les deux termes sont synonymes.

De même, dans une affaire *Surmeli c/ Allemagne*, la Cour européenne des droits de l'Homme a jugé que « *la durée raisonnable d'une procédure doit s'apprécier suivant les circonstances de la cause et à l'aide des critères suivants : la complexité de l'affaire, le comportement du requérant, celui des autorités compétentes, et l'enjeu du litige pour l'intéressé (...)* » et rappelé « *sa jurisprudence constante selon laquelle même dans les systèmes juridiques consacrant le principe de la conduite du procès par les parties (Parteimaxime), comme le fait le code de procédure civile allemand, l'attitude des intéressés ne dispense pas les juges d'assurer la célérité voulue par l'article 6 § 1* »⁸⁵⁵.

C'est encore dans le même sens que la Cour européenne des droits de l'Homme a jugé : « *Par ailleurs, seules les lenteurs imputables aux autorités judiciaires compétentes peuvent amener à constater un dépassement du délai raisonnable contraire à la Convention. Même dans les systèmes juridiques consacrant le principe de la conduite du*

⁸⁵⁴ CEDH, 3 septembre 2013, *Roduit c/ Suisse*, requête n°6586/06 §55 ; reprenant cette même formule tenant au « *dépassement du délai raisonnable, soit la violation du principe de célérité de la procédure* », v° CEDH 21 septembre 2006, *Hugo c/ Suisse*, requête n°55705/00.

⁸⁵⁵ CEDH, *Surmeli c/ Allemagne*, 8 juin 2006, requête n°75529/01, spé. §128-129.

*procès par les parties*⁸⁵⁶, *l'attitude des intéressés ne dispense pas les juges d'assurer la célérité voulue par l'article 6 § 1* »⁸⁵⁷.

De ces décisions, comme de nombreuses autres en ce sens⁸⁵⁸, il s'évince une très nette assimilation entre la notion de célérité et la notion de délai raisonnable. Pour la Cour européenne des droits de l'Homme, lorsqu'un requérant invoque une violation du délai raisonnable, il invoque, en réalité, une violation du principe de célérité. Les termes de célérité et de délai raisonnable sont utilisés de manière parfaitement synonymique et recouvrent donc, aux yeux de cette juridiction, une seule et même réalité. En imposant le respect d'un délai raisonnable l'article 6§1 de la Convention pose un principe de célérité qui s'impose au juge.

242. La même assimilation des notions de célérité et de délai raisonnable peut être observée dans la jurisprudence des juridictions internes. Ainsi, dans une hypothèse dans laquelle les demandeurs se plaignaient de la longueur de la procédure, sur le fondement de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme qui impose le respect d'un délai raisonnable, une cour d'appel a rejeté cette prétention en considérant que « *compte tenu de la multiplicité et de la lourdeur des investigations réalisées, des expertises médicales demandées par les époux Y... au cours de la phase de jugement devant le tribunal correctionnel qui ont ralenti la procédure, l'appelant ne peut utilement soutenir que le service public de la justice n'aurait pas conduit le dossier avec célérité* »⁸⁵⁹. Cette assimilation de la notion de célérité à celle de délai raisonnable se retrouve aussi dans les motifs des décisions de la Haute juridiction. Par exemple, dans une affaire dans laquelle des demandeurs reprochaient aux juridictions répressives de

⁸⁵⁶ Ce qui est le cas de la procédure civile française (en ce sens, v° CPC, article 2).

⁸⁵⁷ CEDH, *Liadis c/ Grèce*, 15 juillet 2004, requête n°16412/02, spé. § n°20.

⁸⁵⁸ V° notam. CEDH, *Ilmseher c/ Allemagne*, 4 décembre 2018, requête n°10211/12 ; CEDH, *S. V. et A... c/ Danemark*, 22 octobre 2018, requête n°35553/12, 36678/12, 36711/12 ; CEDH, *Tommaso c/ Italie*, 23 février 2017, requête n°43395/09 ; CEDH, *Buzadji c/ République de Moldavie*, 5 juillet 2016, requête n°23755/07 ; CEDH, *El-Masri C/ L'Ex-République Yougoslave de Macédoine*, 13 décembre 2012, requête n°39630/09, § n°231, dans laquelle la Cour européenne des droits de l'Homme, présentant les dispositions de l'article 5§ 3 et 4 de la Convention qui vise la notion de « *délai raisonnable* », énonce : « *Les exigences des paragraphes 3 et 4 de l'article 5, qui mettent l'accent sur l'aspect célérité et sur le contrôle juridictionnel, revêtent une importance particulière à cet égard* » ; CEDH *Sarantidou et autres c/ Grèce*, 22 avril 2010, requête n°5144/07, spé. § 16 ; CEDH *Sarantidou c/ Grèce*, 2 juillet 2009, requête n°2002/07, spé. § 23 ; CEDH, *McKay c/ Royaume-Uni*, 3 octobre 2006, requête n°543/03 ; CEDH, *Karra c/ Grèce*, 2 juin 2005, requête n°4849/02, spé. § 19 ; CEDH *Palaska c/ Grèce*, 19 mai 2004, requête n°8694/02, spé. § 19 ; et, déjà, dès 1984, CEDH, *Guicho c/ Portugal*, 10 juillet 1984, requête n°8990/80, spé. § 32, énonçant qu'aux « *yeux de la Cour, ce principe ne dispense pourtant pas les juges d'assurer la célérité voulue par l'article 6* ».

⁸⁵⁹ CA Paris, 6 mars 2013, n°11-16214.

ne pas avoir agi avec célérité, la Cour de cassation a rejeté leur argumentation en considérant que la procédure conduite par les juridictions pénales n'avait pas outrepassé « *le délai raisonnable* »⁸⁶⁰.

Cette première approche, jurisprudentielle, montre que l'obligation faite au juge de respecter un délai raisonnable revient à assurer un principe de célérité de la justice étatique. Cela implique donc, réciproquement, que l'obligation de célérité faite à l'arbitre lui impose de respecter un délai raisonnable. L'obligation de célérité de l'arbitre serait ainsi l'exact pendant de l'obligation du juge de statuer dans un délai raisonnable.

Cette assimilation entre célérité et délai raisonnable est aussi admise par la doctrine, dans sa majorité.

2. L'assimilation doctrinale de la célérité au délai raisonnable

243. La majorité des auteurs assimilent les notions de célérité et de délai raisonnable, qu'ils soient spécialisés en droit processuel ou en droit de l'arbitrage.

Dans la doctrine processualiste, cette assimilation se manifeste d'abord parfois par l'intitulé des développements consacrés à la question de délai raisonnable. Par exemple, présentant la question du « *respect d'un délai raisonnable selon le droit européen* », certains auteurs, réunis autour de Monsieur Guinchard, ont intitulé leur étude « *la célérité, exigence commune à toutes les procédures* »⁸⁶¹. De la même façon, Madame Fricero présente sous l'intitulé « *Exigence de célérité* » la question du délai raisonnable, sans lequel elle rappelle que la justice ne serait « *ni équitable, ni crédible, ni efficace* »⁸⁶². De même encore, Monsieur Guinchard intitule « *célérité* » son étude de la notion de délai raisonnable, dans son répertoire dédié à la notion de procès équitable⁸⁶³. Ainsi, pour ces auteurs, étudier la notion de délai raisonnable revient à étudier la célérité⁸⁶⁴.

⁸⁶⁰ Crim., 4 mai 2010, n°10-80.983 ; *adde* Crim., 20 octobre 1987, n°87-84.729, *Bull. Crim.*, n°356.

⁸⁶¹ S. GUINCHARD (dir.), *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès*, *op. cit.*, spé. n°564, p.1346.

⁸⁶² N. FRICERO, *Droit et pratique de la procédure civile 2021-2020* (dir. S. GUINCHARD), Dalloz, coll. Dalloz Action, 10^e édition, 2021, spé. n°312.201.

⁸⁶³ S. GUINCHARD, *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, v° Procès équitable, 2017, spé. n°528.

⁸⁶⁴ Dans le sens d'une telle assimilation également, Monsieur Magendie a pu, alors qu'il étudiait le principe de célérité, énoncer que « *la CEDH stigmatise systématiquement les décisions qui n'ont pu être rendues dans un délai raisonnable* » (J.-C. MAGENDIE, « Loyauté, dialogue, célérité, Trois principes à inscrire en lettres

Ensuite, au-delà des seuls intitulés, l'assimilation entre le délai raisonnable et la célérité se manifeste aussi dans les développements substantiels des différentes études. Monsieur Cholet, par exemple, dans sa thèse consacrée à la célérité de la procédure en droit processuel, évoque l'arrêt *Magiera* du Conseil d'Etat⁸⁶⁵, dans lequel il était question de délai raisonnable, en soulignant que « *le droit à la célérité est donc étendu, grâce au principe ainsi consacré, à tous les justiciables [...]* »⁸⁶⁶. Poursuivant l'assimilation entre célérité et délai raisonnable, le même auteur plaide ensuite pour une « *extension du principe de célérité au-delà des juridictions étatiques* » en énonçant : « *au-delà de la seule justice rendue par les juridictions étatiques, le droit d'être jugé dans un délai raisonnable exprime un principe qui paraît "devoir s'imposer en raison des impératifs quasi universels de justice dont il s'inspire" à cette autre forme de justice qu'est l'arbitrage* »⁸⁶⁷. Il semble qu'il ait été entendu.

De la même façon, Messieurs Cadiet, Normand et Madame Amrani-Mekki ont aussi recours à la notion de célérité pour évoquer la notion de délai raisonnable. D'ailleurs, c'est certainement chez ces auteurs que l'assimilation est la plus explicite. Raisonnant par étapes, ces auteurs ont commencé par affirmer que le terme « célérité » ne peut convenir lorsqu'il s'agit d'évoquer la notion du temps d'un procès. Ils estiment en effet qu'« *au demeurant, le mot célérité est mal choisi [...] car, dans la langue du procès, il signifie plutôt une extrême urgence [...]. Il est évident que l'on ne peut poser pour principe que tous les procès doivent être menés selon une extrême urgence* »⁸⁶⁸. Renonçant à cette acception réduite du terme, ils ont considéré ensuite que la notion de célérité recouvre une autre réalité : « *cette célérité (dévoyée) inspire assurément les règles de procédure civile et s'impose, négativement, par un contrôle du délai raisonnable des procédures, tant au niveau européen qu'interne puisque son non-respect équivaut à un déni de justice* ». Autrement dit, pour ces auteurs, qui regrettent l'utilisation d'un terme dévoyé, la célérité s'analyse comme l'obligation de respecter un délai raisonnable. Les deux notions sont, pour eux aussi, assimilables.

d'or aux frontons des palais de justice », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard. Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Dalloz, 2010, p.329 et s., spé. p.337).

⁸⁶⁵ CE, 28 juin 2002, *Magiera*, n°239575.

⁸⁶⁶ D. CHOLET, *La célérité de la procédure en droit processuel*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 466, 2006, spé. n°406, p.396.

⁸⁶⁷ *Ibid.*, n°408, p.397-398.

⁸⁶⁸ L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, PUF, coll. Thémis droit, 2^e édition, 2013, p.800.

Les auteurs spécialisés dans le droit de l'arbitrage adoptent, dans leur majorité, une position similaire. En effet, Monsieur Racine énonce : « [...] le principe de célérité impose, pour le moins, que la sentence soit rendue dans un délai "raisonnable" »⁸⁶⁹. Dans le même sens, Messieurs Seraglini et Ortscheidt considèrent que l'obligation de célérité « oblige l'arbitre à "mettre en œuvre [...] la procédure arbitrale avec diligence et sérieux", afin qu'elle se déroule dans un délai raisonnable »⁸⁷⁰. Telle est aussi la position de Madame Weiller qui considère que « l'exigence de célérité impose également aux arbitres de faire en sorte que la durée de l'instance reste raisonnable et ne se prolonge pas au point de devenir excessive »⁸⁷¹. Se rattachant à cette doctrine majoritaire, Madame Benheim-Van de Castele, présentant « la reconnaissance de l'obligation d'assurer la célérité de l'instance arbitrale en matière internationale », énonce qu'en « France, la Cour de cassation a implicitement étendu à l'arbitrage la limite du délai raisonnable dans le célèbre arrêt Cubic »⁸⁷².

Synthétisant cette position majoritaire, Monsieur Giraud retient que « L'obligation de célérité, qui s'impose aux parties et à l'arbitre, a été dégagée par la doctrine et la jurisprudence puis codifiée à l'occasion de la réforme du droit de l'arbitrage. Elle reflète l'exigence, en arbitrage, de la recherche d'un délai raisonnable des procédures, consacré, en procédure judiciaire, sous l'influence de l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. D'un sens actif, elle traduit la démarche spontanée attendue de l'arbitre, et dépasse la diligence précédemment retenue, qui induisait au contraire une demande faite à l'arbitre. L'obligation de célérité irrigue l'ensemble de la procédure arbitrale et impose à l'arbitre de ne pas tarder pour répondre aux diverses demandes des parties, pour organiser l'instance et pour rendre sa sentence. Elle ne se confond pas avec l'obligation de respecter le délai de l'instance arbitrale »⁸⁷³.

⁸⁶⁹ J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, PUF, coll. Thémis droit, 2016, spé. n°645, p.424 ; dans le même sens, v° E. LOQUIN, « La dualité du régime de la responsabilité de l'arbitre », *JCP G*, 2014, p.392, spé. n°17, p.396.

⁸⁷⁰ C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°305, p.323.

⁸⁷¹ L. WEILLER, « Les obligations de loyauté, de célérité et de confidentialité », *Les petites affiches*, 13 février 2013, p.11 et s..

⁸⁷² L. BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, Bruylant, 2012, spé. n°526, p.435.

⁸⁷³ P. GIRAUD, *Le devoir de l'arbitre de se conformer à sa mission*, Bruylant, 2017, spé. n°111, p.95.

244. Si la majeure partie de la doctrine spécialisée dans l'arbitrage considère que la célérité se confond avec les exigences du délai raisonnable, une minorité des auteurs semble en désaccord avec cette assimilation. La doctrine n'est donc pas unanime sur cette question du sens à conférer à l'obligation de célérité de l'arbitre⁸⁷⁴.

Ainsi, Monsieur Jeuland exprime très clairement son refus d'assimiler le délai raisonnable imposé au juge et la célérité imposée à l'arbitre : « *Le principe du délai raisonnable a également été consacré à l'article L. 111-3 du COJ en matière civile et pénale : "les décisions de justice sont rendues dans un délai raisonnable". En revanche, l'arbitre n'est pas tenu de respecter un délai raisonnable si aucun délai n'a été prévu par le contrat d'arbitre. Il n'a qu'une obligation de moyen et ne peut être tenu responsable si la procédure s'éternise du fait de nombreux incidents émaillant une affaire complexe. Le décret du 13 janvier 2011 consacre néanmoins une obligation de célérité* »⁸⁷⁵. Autrement dit pour cet auteur, l'arbitre n'est pas tenu par un délai raisonnable, sauf prévision contractuelle en ce sens. S'interrogeant explicitement sur le point de savoir si « *l'exigence de délai raisonnable peut être exprimée sous la forme d'un principe de célérité* », l'auteur estime qu'il « *ne s'agit pas d'une formulation équivalente* »⁸⁷⁶.

Exprimant également des réserves quant à l'assimilation des notions, Monsieur Clay estime que « *l'obligation de célérité [...] signifie que chaque étape de la procédure doit être la plus rapide possible compte tenu des spécificités de l'affaire* »⁸⁷⁷. Ainsi, pour cet auteur, la célérité est respectée lorsque chaque étape de la procédure a été la plus rapide possible, en fonction des spécificités de cette procédure. On comprend alors que, d'une part, le contrôle de la célérité doit se faire *in concreto*, c'est-à-dire suivant les spécificités de chaque procédure dans laquelle la célérité est interrogée, et que, d'autre part, elle s'apprécie de manière morcelée, à chaque étape de la procédure. Le contrôle du délai raisonnable, quant à lui, s'apprécie également *in concreto*⁸⁷⁸. Toutefois, à l'inverse de la

⁸⁷⁴ En ce sens, v° L. JANDARD, *La relation entre l'arbitre et les parties : critique du contrat d'arbitre*, Thèse dactylographiée, Paris X, 2018, spé. n°363, p.378-379.

⁸⁷⁵ E. JEULAND, *Droit processuel général*, *op. cit.*, n°189, p.296.

⁸⁷⁶ *Ibid.*, n°270, p.394.

⁸⁷⁷ T. CLAY, *Code de l'arbitrage commenté*, *op. cit.*, commentaire sous l'article 1464 du Code de procédure civile.

⁸⁷⁸ En ce sens, v° L.-A. SICILIANOS, M.-A. KOSTOPOULOU, *Répertoire de droit européen*, Dalloz, v° Conv. EDH, art 6 : La protection du droit à un procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, 2018, spé. n°81 ; J. VAN CAMPERNOLLE, « Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable : les effectivités d'un droit processuel autonome » in *Justice et Droit Fondamentaux, Études offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p.471 et s., spé. n°2 ; S. DE LA ROSA, « L'article 6 §1 de la Convention européenne, Le Conseil constitutionnel et la question préjudicielle de constitutionnalité », *Revue française de droit constitutionnel*, 2009/4, p.817 et s..

célérité qui implique, selon Monsieur Clay, une approche compartimentée, l'appréciation du délai raisonnable appelle une approche *in globo*⁸⁷⁹, c'est-à-dire tenant compte des délais « *cumulés et combinés* »⁸⁸⁰ des différentes étapes de la procédure.

Cette approche qui tend à distinguer la célérité du délai raisonnable semble être reprise par Madame Saleh et Monsieur Kleiman. Ces derniers, dans une étude dédiée à la question de la célérité et de la loyauté, affirment que « *L'exigence de célérité ne doit pas non plus être confondue avec celle du délai raisonnable. Certes, un jugement prononcé dans un délai raisonnable suppose, en amont, la célérité de la procédure. Seul le respect de la célérité permet d'aboutir éventuellement au prononcé et à l'exécution d'une décision dans un délai raisonnable. La nécessité que toute instance soit dénouée dans un délai raisonnable est l'objectif à atteindre, ce que confirme d'ailleurs la lecture de l'article 6-1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH). Le devoir d'agir avec célérité est, quant à lui, le moyen d'y parvenir. En effet, le défaut de célérité peut conduire au dépassement des délais et, à terme, à la violation de l'article 6-1 de la CESDH, en rendant impossible le respect d'un délai raisonnable* »⁸⁸¹. Suivant ces auteurs, il ne faudrait pas assimiler célérité et délai raisonnable parce que la célérité serait le moyen d'aboutir au délai raisonnable. La célérité renverrait donc au délai optimal dans lequel chaque étape de la procédure serait traitée et aboutirait à ce que l'ensemble de la procédure, au terme de laquelle la sentence est rendue, s'étende dans un délai raisonnable.

245. Cette distinction faite par une doctrine minoritaire entre célérité et délai raisonnable nous semble trop subtile pour être opérante. Elle suppose, pour contrôler la célérité, de distinguer chacune des étapes de la procédure pour déterminer si l'arbitre a, ou non, agi le plus rapidement qu'il le pouvait. Il faudrait alors identifier le point de départ et de fin de chacune des étapes de la procédure arbitrale, ce qui aboutirait à une compartimentation de la procédure qui semble non seulement compliquée à établir, mais aussi artificielle. Le contrôle de l'exécution par l'arbitre de son obligation de

⁸⁷⁹ S. GUINCHARD (dir.), *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès*, *op. cit.*, n°423, p.1070.

⁸⁸⁰ CEDH, *Deumeland c/ Allemagne*, 29 mai 1986, requête n°9384/81.

⁸⁸¹ E. KLEIMAN, S. SALEH, « Célérité et loyauté en droit français de l'arbitrage international : quels pouvoirs et quelles responsabilités pour les arbitres et les parties ? », *Les cahiers de l'arbitrage*, 2012, p.99 ; considérant également que la célérité est un moyen d'aboutir au délai raisonnable, v° M. DE BOISSÉSON, « Post-scriptum critique sur les principes de la procédure arbitrale en droit français », *Rev. arb.*, 2018, p.709 et s., spé. p.728.

célérité s'en trouverait, sinon impossible à réaliser, du moins particulièrement ardu à mettre à en œuvre⁸⁸². Il nous semble alors plus simple et plus efficace de retenir, aux côtés de la doctrine majoritaire, l'assimilation pure et simple entre l'obligation de célérité et celle de respecter un délai raisonnable.

246. Considérer que l'arbitre est tenu, au titre de son obligation de célérité, de statuer dans un délai raisonnable permet d'ailleurs de distinguer nettement cette obligation de célérité d'une autre obligation que l'on a déjà évoquée : celle de respecter les délais de l'arbitrage⁸⁸³. La célérité apparaît en effet comme une nouveauté du décret du 13 janvier 2011 qui traduit une juridictionnalisation de l'arbitrage : les impératifs qui s'y appliquent se calquent de plus en plus sur ceux de la justice étatique, insufflés par les exigences du procès équitable, qui doivent en réalité s'appliquer à toutes les formes de justice⁸⁸⁴. L'obligation de respecter les délais de l'arbitrage, quant à elle, répond à un autre impératif auquel l'arbitre se soumet, qui consiste à remplir sa mission dans le temps qui lui a été imparti pour le faire. Autrement dit, l'arbitre assume bien deux obligations distinctes qui ont trait à la durée de la procédure arbitrale : d'une part, il doit respecter le délai fixé par les parties ou, à défaut, par la loi ; d'autre part, il doit statuer avec célérité, c'est-à-dire, comme un juge, dans un délai raisonnable eu égard à la spécificité de l'affaire. L'obligation de célérité, ainsi perçue, prend alors tout son sens et se distingue nettement de l'obligation de respecter les délais de l'arbitrage dans deux hypothèses.

D'abord, elle permet de poser une limite à la durée de la procédure arbitrale lorsque l'arbitre n'est tenu par aucun autre délai. Tel sera le cas en matière d'arbitrage international, lorsque les parties n'auront pas enserré la mission de l'arbitre dans un

⁸⁸² Par ailleurs, un argument tenant au dommage peut également conduire au rejet de cette acception. En effet, si on retenait cette approche, pourrait-on admettre qu'un arbitre engage sa responsabilité parce qu'il aurait été trop lent sur une partie de la procédure alors même que la sentence aurait été rendue avec célérité, parce qu'il aurait « rattrapé » son retard dans les autres étapes de la procédure. Cette question nous semble devoir admettre une réponse négative dès lors que les parties n'auraient au vrai aucun préjudice.

⁸⁸³ Sur laquelle v° *supra*, n°212 et s. Il faut ici rappeler que si l'exigence de célérité est nouvelle, tel n'est pas le cas du délai de l'arbitrage. En effet, avant le décret du 13 janvier 2011, le Code de procédure civile prévoyait déjà que l'arbitre devait statuer dans un délai déterminé par les parties ou, à défaut, dans un délai de six mois.

⁸⁸⁴ En ce sens, v° L. JANDARD, *op. cit.*, n°363, p.378-379 ; Y. DERAIS, « Les nouveaux principes de procédure : confidentialité, célérité, loyauté », in *Le nouveau droit français de l'arbitrage* (dir. T. Clay), Lextenso éditions, 2011, p.91 et s., spé. n°22, p.100-101.

délai déterminé⁸⁸⁵. L'obligation de célérité permettra alors de s'assurer que le litige ne sera pas tranché en plus de temps que l'affaire, au vu de ses éléments objectifs, n'en demande. À défaut d'autre délai, l'arbitre devra à tout le moins statuer dans un délai raisonnable, en raison de son obligation de célérité.

Ensuite, l'obligation de célérité permet, lorsque la procédure arbitrale est enfermée dans un délai déterminé par les parties ou, à défaut, par la loi, d'éviter que les arbitres ne multiplient les demandes de prorogations de délais. En effet, on sait que l'arbitre peut demander et ainsi obtenir une prorogation des délais dans lesquels les parties lui ont confié la mission. D'ailleurs, demander une prorogation du délai devient même une obligation pour lui lorsque le respect du délai initialement fixé s'avère impossible⁸⁸⁶. La célérité vient alors limiter ces prorogations qui ne peuvent aboutir, par leur multiplication, à étaler la procédure arbitrale sur une durée globalement déraisonnable. Dans une telle hypothèse, l'arbitre aurait observé son obligation de respecter les délais de l'arbitrage, tout en méconnaissant son obligation de célérité. On peut donc tout à fait imaginer que l'arbitre statue dans le délai imparti par les parties, qu'il aurait fait proroger plusieurs fois, mais qu'il ait statué dans un délai excessif eu égard au regard des éléments objectifs de l'affaire.

Au total, l'obligation de célérité qui s'impose à l'arbitre doit être classée parmi ses obligations juridictionnelles⁸⁸⁷, parce qu'elle consiste en réalité à lui imposer de statuer dans un délai raisonnable, à l'instar du juge étatique. Où l'on voit que la différence de dénomination entre les obligations n'implique pas nécessairement une qualification contractuelle des obligations de l'arbitre. Il s'agit toutefois de la seule obligation de l'arbitre qui présente la spécificité de recouvrir un contenu identique aux obligations du juge, sous couvert d'une autre dénomination.

Une autre difficulté d'application du critère de la comparaison peut tenir, à l'inverse, à une différence de contenu entre les obligations du juge et de l'arbitre, malgré une dénomination identique.

§2) Des obligations de contenu différent mais de dénomination identique

⁸⁸⁵ Dans ce cas, la loi ne prévoit pas de délai à titre supplétif : v° *supra*, n°213.

⁸⁸⁶ Sur ce point, v° *supra*, n°212.

⁸⁸⁷ En ce sens, v° L. JANDARD, *op. cit.*, n°363, p.378-379.

247. Certaines obligations de l'arbitre existent sous la même dénomination à la charge du juge, tout en recouvrant un contenu différent. Cette différence de contenu pourrait conduire à qualifier de contractuelles ces obligations de l'arbitre, à défaut d'identité avec les obligations assumées par le juge. On verra toutefois qu'il ne faut pas s'arrêter à cette apparente différence de contenu qui, en réalité, masque une équivalence des obligations justifiant leur rattachement à la fonction juridictionnelle de l'arbitre.

Sont concernées les obligations d'indépendance et d'impartialité (A), l'obligation de respecter les règles applicables au litige (B), et l'obligation de respecter les exigences formelles concernant la décision prise (C).

A) Les obligations d'indépendance et d'impartialité

248. Qu'elle les appréhende à travers le statut de l'arbitre⁸⁸⁸, les qualités nécessaires de l'arbitre⁸⁸⁹, la désignation des arbitres⁸⁹⁰, ou encore le rôle de l'arbitre⁸⁹¹, la doctrine donne une importance particulière aux obligations d'indépendance et d'impartialité. Ce sujet ayant donné lieu à de très nombreuses études⁸⁹², il n'est pas de notre ambition de poursuivre ici une présentation complète renouvelant une notion dont les contours sont précisés et le sens accepté de tous⁸⁹³. Toutefois, dans la mesure où les auteurs s'accordent pour rattacher ces obligations à la fonction juridictionnelle de

⁸⁸⁸ P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *op. cit.*, n°1021, p.580 ; J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, n°483 et s., p.333 et s.

⁸⁸⁹ T. CLAY, *L'arbitre*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001, spé. n°274 et s., p.231 et s.

⁸⁹⁰ C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°204 et s., p.224 et s.

⁸⁹¹ E. LOQUIN, « Rapport de synthèse : la perspective française », in Codification du droit privé et évolution du droit de l'arbitrage, Journées franco sudaméricaines de droit comparé 3-4 octobre 2013 (dir. B. FAUVARQUE-COSSON, D. P. FERNANDEZ ARROYO, J. MONEGER), Société de législation comparée, 2014, p.221 et s.

⁸⁹² Pour n'en citer que quelques-unes, v° M. HENRY, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, LGD], coll. Bibliothèque de droit privé, tome 352, 2001 ; D. COHEN, « Indépendance des arbitres et conflit d'intérêts », *Rev. arb.*, 2011, p.611 et s. ; M. HENRY, « Les obligations d'indépendance et d'information de l'arbitre à la lumière de la jurisprudence récente », *Rev. arb.*, 1999, p.193 et s. ; P. COURBE, « L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre », *D.*, 1999, p.497 et s..

⁸⁹³ Il ne faudrait pas croire pour autant que l'indépendance et l'impartialité ont cessé de poser toute question. Au contraire, il semble qu'aujourd'hui, cette obligation ouvre à des débats très actuels portant notamment sur la question de l'obligation de transparence ou sur celle des conséquences de la désignation d'un même arbitre dans deux procédures connexes. L'étendue des obligations d'indépendance et d'impartialité n'étant pas précisément délimitée, certains auteurs renvoient à une approche casuistique (en ce sens v° C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°741, p.727-728), tandis que d'autres essaient, à l'aune de décisions prétorienne, d'en préciser les contours (en ce sens v° A. PINNA, F. DE BERARD, « L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre désigné dans deux procédures connexes », *Les cahiers de l'arbitrage*, 2014, p.805).

l'arbitre⁸⁹⁴, il est nécessaire de vérifier cette position en passant les obligations d'indépendance et d'impartialité au tamis de notre critère de la comparaison. Or, un examen attentif de ces obligations démontre qu'au-delà d'une dénomination identique pour le juge et l'arbitre (1), elles recouvrent en réalité des contenus différents (2), ce qui interroge sur leur rattachement à la fonction juridictionnelle de l'arbitre. Les différences devront alors être dépassées, pour que la qualification d'obligations juridictionnelles puisse être retenue en pleine cohérence avec le critère de la comparaison.

1. Une dénomination identique

Le juge (a), comme l'arbitre (b), sont tenus d'être indépendants et impartiaux.

a. Les obligations d'indépendance et d'impartialité imposées au juge

Les obligations d'indépendance et d'impartialité s'imposent au juge sur le fondement de textes supranationaux (α) mais aussi nationaux (β).

α . Les fondements supranationaux

249. Les obligations d'indépendance et d'impartialité, en ce qu'elles s'appliquent aux juges, trouvent d'abord leur source dans des textes supranationaux à portée régionale. Ainsi, plusieurs régions du monde⁸⁹⁵ se sont dotées de textes internationaux ayant une portée géographique déterminée.

⁸⁹⁴ Messieurs Fouchard, Gaillard, et Goldman intitulent une sous partie de leur traité « *Détermination des conditions requises pour juger* » (P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *op. cit.*, n°1021, p.580) ; Messieurs Seraglini et Ortshcheidt l'abordent dans une subdivision intitulée « *Les qualités attachées à la fonction juridictionnelle de l'arbitre* » (C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°228, p.268). V° aussi B. MOREAU, E. GLUCKSMANN, P. FENG, *Répertoire de procédure civile, Dalloz*, v° Arbitrage international, 2016, spé. n°104 ; E. LOQUIN, « Rapport de synthèse : la perspective française », *op. cit.*, p.221 et s. ; J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage, op. cit.*, n°486, p.334.

⁸⁹⁵ L'Afrique s'est dotée d'une Charte africaine des droits de l'Homme et des Peuples qui impose, elle aussi, cette obligation d'indépendance et d'impartialité. L'impartialité est imposée en son article 7, intitulé « *Droit à un procès équitable* » qui prévoit « *le droit d'être jugé dans un délai raisonnable par une juridiction impartiale* » tandis que l'indépendance est prévue à l'article 26 de cette Charte qui énonce : « *les Etats parties à la présente Charte ont le devoir de garantir l'indépendance des Tribunaux et de permettre l'établissement et le perfectionnement d'institutions nationales appropriées chargées de la promotion et de la protection des droits et libertés garantis par la présente Charte* ». Cette exigence se retrouve aussi en Amérique, à travers la Convention interaméricaine des Droits de l'Homme qui prévoit, en son article 8, alinéa 1^{er}, intitulé « *Garanties judiciaires* », que « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue avec*

Au titre de ces textes, en ce qu'ils s'appliquent aux juges français, figure la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ouverte à la signature à Rome le 4 novembre 1950 et ratifiée par la France le 3 mai 1974. Cette convention impose aux juges d'être indépendants et impartiaux en son article 6§1 qui prévoit que « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle* ».

Cette exigence est reprise presque mot pour mot par l'article 47⁸⁹⁶ de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁸⁹⁷, autre texte international à portée régionale, qui énonce en son alinéa 2 : « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter* ».

De la même manière, le Traité sur l'Union européenne prévoit en son article 19, 2°, alinéa 3, que « *Les juges et les avocats généraux de la Cour de justice et les juges du Tribunal sont choisis parmi des personnalités offrant toutes garanties d'indépendance et réunissant les conditions visées aux articles 253 et 254 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Ils sont nommés d'un commun accord par les gouvernements des États membres pour six ans. Les juges et les avocats généraux sortants peuvent être nommés de nouveau* »⁸⁹⁸.

les garanties voulues, dans un délai raisonnable, par un juge ou un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi antérieurement par la loi, qui décidera du bien-fondé de toute accusation dirigée contre elle en matière pénale, ou déterminera ses droits et obligations en matière civile ainsi que dans les domaines du travail, de la fiscalité, ou dans tout autre domaine ».

⁸⁹⁶ Cet article 47 est le premier article du Titre VI intitulé « *Justice* » et traite du « *Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial* ». On soulignera que si les deux obligations, d'indépendance et d'impartialité, sont portées par ce texte, son intitulé met plutôt la notion d'impartialité en avant.

⁸⁹⁷ La Charte des droits fondamentaux a été adoptée à Nice le 7 décembre 2000 par l'Union européenne. Toutefois, elle n'a acquis la même valeur juridique que les traités originaires que depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} décembre 2009, du traité de Lisbonne, signé le 13 décembre 2007, modifiant le Traité sur l'Union européenne qui stipule en son article 6§1 : « *L'union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux du 7 décembre 2000* ».

⁸⁹⁸ Cette exigence d'indépendance des juges est si forte que certains auteurs n'hésitent pas à souligner que l'Union Européenne peut contraindre certains Etats, comme la Slovaquie, qui n'assureraient pas assez cette indépendance judiciaire à la renforcer pour intégrer l'Union. En ce sens, v° C. GREWE, *Répertoire de droit européen*, Dalloz, v° Constitutions nationales et droit de l'Union européenne, 2009, spé. n°39.

250. Les obligations d'indépendance et d'impartialité sont également imposées par des textes supranationaux de portée universelle, tels que la Déclaration universelle des droits de l'Homme⁸⁹⁹ et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁹⁰⁰, qui s'imposent notamment aux juges français⁹⁰¹. La Déclaration universelle des droits de l'Homme prévoit ainsi, en son article 10, que « *Toute personne a droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial, qui décidera, soit de ses droits et obligations, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle* », tandis que l'article 14§1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques énonce que « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil* ».

Ces sources supranationales sont complétées par des dispositions de droit interne qui vont dans le même sens.

β. Les fondements nationaux

251. À l'instar de textes internationaux, les sources internes de droit français distinguent les obligations d'indépendance et d'impartialité. Elles les font même reposer sur des textes distincts, situés à des niveaux différents de la hiérarchie des normes.

L'indépendance du juge est un sujet qui intéresse depuis longtemps en France⁹⁰². Montesquieu y faisait déjà référence dans son exposé de la théorie de la séparation des pouvoirs⁹⁰³. Cet auteur, après avoir distingué trois pouvoirs se rattachant chacun à une

⁸⁹⁹ La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme a été adoptée le 10 décembre 1948 par les 58 États Membres qui constituaient alors l'Assemblée générale des Nations Unies à Paris au Palais de Chaillot dans la résolution 217 A (III).

⁹⁰⁰ Adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966, il sera ratifié par la France à l'occasion d'une loi du 25 juin 1980 et entrera en vigueur le 4 février 1981.

⁹⁰¹ Les deux textes prévoient conjointement l'indépendance et l'impartialité, ce qui n'est pas sans rappeler la présentation de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

⁹⁰² V° notamment, P. PESCATORE, « La séparation des pouvoirs et l'office du juge de Montesquieu à Portalis », *Rapport présenté le 23 novembre 2004 à l'occasion du bicentenaire du Code civil*, Bruylant, 2009.

⁹⁰³ La théorie de la séparation des pouvoirs a été présentée par Montesquieu en France dans son ouvrage *De l'esprit des lois*. Cette théorie a aussi été développée en Angleterre par l'auteur John Locke dans son ouvrage *Essai sur le Gouvernement*.

fonction⁹⁰⁴, défendait l'idée selon laquelle ces pouvoirs devaient s'équilibrer. Cette théorie a très vite été reçue en France puisque la séparation des pouvoirs a été consacrée par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789. Prolongeant cette idée d'un pouvoir juridictionnel distinct des autres pouvoirs, l'indépendance du juge a été consacrée. Aujourd'hui, elle est prévue par le texte le plus élevé dans la pyramide des normes internes, témoignant ainsi de sa grande importance : la Constitution de 1958⁹⁰⁵. Cette dernière, en son article 64, alinéa 1^{er}, prévoit que « *Le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire* »⁹⁰⁶.

L'impartialité est elle aussi une exigence imposée aux juridictions, mais dans un texte qui se situe moins haut dans la hiérarchie des normes : l'article L. 111-5 du Code de l'organisation judiciaire. Ce texte énonce : « *L'impartialité des juridictions judiciaires est garantie par les dispositions du présent code et celles prévues par les dispositions particulières à certaines juridictions ainsi que par les règles d'incompatibilité fixées par le statut de la magistrature* ».

252. Le respect de ces textes fait l'objet d'un contrôle rigoureux par les juridictions, notamment par le Conseil constitutionnel⁹⁰⁷ et le Conseil d'État, qui s'assurent, soit par un contrôle *a priori* de la loi, soit *a posteriori*, que les exigences qu'ils portent sont toujours respectées.

Ainsi, par exemple, le Conseil d'État a été interrogé quant à la conformité à l'obligation d'indépendance de l'attribution de primes modulables aux magistrats⁹⁰⁸, sur

⁹⁰⁴ Montesquieu distinguait la fonction législative, la fonction exécutive et enfin la fonction juridictionnelle. Locke avait aussi distingué trois pouvoirs : le pouvoir exécutif, législatif et confédératif. Ce dernier visait les rapports internationaux.

⁹⁰⁵ Le Conseil Constitutionnel n'hésite pas à rappeler cet impératif de séparation des pouvoirs en énonçant qu'il « *n'appartient ni au législateur [ni au gouvernement] de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à elles des injonctions et de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence* » (Cons. constit., 22 juillet 1980, décision n°80-122 DC) ou encore qu'il est impossible « *d'enfreindre par là même le principe de la séparation des pouvoirs* » (Cons. constit., 26 juin 1987, décision n°87-228 DC, validation de nomination de magistrats).

⁹⁰⁶ Pour une présentation de l'article 64 de la Constitution comme la source de l'obligation d'indépendance qui pèse sur le juge, v° B. GENEVOIS, « L'application du principe d'impartialité, À propos de la décision n°2012-280 QPC du 12 octobre 2012 », *Revue juridique de l'économie publique*, 2013, n°704, étude 2, p.10 et s..

⁹⁰⁷ En ce sens, Madame Mouannès énonce : « Le principe d'impartialité ci-dessous abordé est assurément au cœur de la fonction juridictionnelle. Le Conseil constitutionnel en fait désormais régulièrement application à l'égard des juridictions ordinaires, qu'elles soient générales ou spécialisées » (H. MOUANNES, « L'impartialité juridictionnelle dans le viseur de la QPC », *Constitutions : revue de droit constitutionnel appliqué*, 2012, p.273).

⁹⁰⁸ La question des émoluments que perçoivent les magistrats interroge souvent l'indépendance de ces derniers. Encore récemment, la Cour de justice de l'Union Européenne a jugé que le principe de

le fondement du décret n°2003-1284 du 26 décembre 2003 relatif au régime indemnitaire de certains magistrats de l'ordre judiciaire. Dans cette affaire, le Conseil d'État a rappelé que « *le principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire, énoncé au premier alinéa de l'article 64 de la Constitution, est notamment garanti, en application de l'alinéa 3 du même article, par un statut pris sous forme de loi organique* ». Fort de ce rappel, il a jugé « *que la création d'une prime modulable, destinée à tenir compte de la quantité et de la qualité du travail fourni par un magistrat et, de manière générale, de sa contribution au bon fonctionnement du service public de la justice ne porte, par elle-même, aucune atteinte à l'indépendance des magistrats dans l'exercice de leurs fonctions* »⁹⁰⁹.

Le Conseil Constitutionnel œuvre lui aussi au contrôle du respect des obligations d'indépendance et d'impartialité du juge, notamment par le truchement des questions prioritaires de constitutionnalité. La Cour de cassation lui avait par exemple transmis une question posée en ces termes : « *Les articles L. 722-6 à L. 722-16 et L. 724-1 à L. 724-6 du Code de commerce sont-ils conformes à la Constitution, pris sous l'angle des principes d'indépendance, d'impartialité et de compétences professionnelles ?* »⁹¹⁰. Le Conseil constitutionnel a répondu par la positive en considérant « *que les dispositions relatives au mandat des juges des tribunaux de commerce instituent les garanties prohibant qu'un juge d'un tribunal de commerce participe à l'examen d'une affaire dans laquelle il a un intérêt, même indirect ; que l'ensemble de ces dispositions ne portent atteinte ni aux principes d'impartialité et d'indépendance des juridictions ni à la séparation des pouvoirs* »⁹¹¹.

Le rappel de ces différentes sources montre donc que les juges sont tenus d'obligations dites d'indépendance et d'impartialité. Il en va de même de l'arbitre.

b. Les obligations d'indépendance et d'impartialité imposées à l'arbitre

l'indépendance des juges ne s'oppose pas à l'application aux membres de la Cour des comptes portugaise de mesures générales de réduction salariale liées à des contraintes d'élimination d'un déficit budgétaire excessif ainsi qu'à un programme d'assistance financière de l'Union. En ce sens, v° F. MELIN, « Indépendance des juges et mesures de baisse des salaires : position de la CJUE », *Dalloz actualité*, 22 mars 2018, obs. sur CJUE, 27 février 2018, C-64/16.

⁹⁰⁹ CE, 4 février 2005, n°264843, *D.*, 2005, p. 2717, note J.-P. JEAN, H. PAULIAT, « Primes modulables, qualité et indépendance de la justice ».

⁹¹⁰ Les articles L. 722-6 à L. 722-16 du Code de commerce visent le mandat des juges des tribunaux de commerce tandis que les articles L. 724-1 à L. 724-6 ont trait à leurs disciplines.

⁹¹¹ Cons. Const., 4 mai 2012, décision n°2012-241 QPC.

Les textes du Code de procédure civile qui régissent l'arbitrage imposent aux arbitres des obligations d'indépendance et d'impartialité, comme en matière de justice étatique. Cela n'a, toutefois, pas toujours été le cas. En effet, les obligations d'indépendance et d'impartialité ont d'abord été imposées par la jurisprudence (α) avant d'être codifiées par le décret du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage (β).

α . La reconnaissance jurisprudentielle des obligations d'indépendance et d'impartialité

253. Avant l'entrée en vigueur du décret n°2011-48 du 13 janvier 2011, le Code de procédure civile était relativement silencieux concernant l'obligation faite à l'arbitre d'être indépendant et impartial : il ne consacrait expressément ces obligations en aucune de ses dispositions, n'évoquant que la question des causes de récusation de l'arbitre⁹¹². Les juges, quant à eux, se sont montrés beaucoup plus explicites⁹¹³ en consacrant expressément des obligations d'indépendance et d'impartialité à la charge de l'arbitre.

Ainsi, dans un arrêt de principe *Ury c. Galeries Lafayette*, la Cour de cassation a énoncé : « *l'indépendance d'esprit est indispensable à l'exercice du pouvoir juridictionnel, quelle qu'en soit la source, (...) elle est l'une des qualités essentielles des arbitres* »⁹¹⁴. Cette position a vite été reprise par les juridictions du fond⁹¹⁵ qui ont pu énoncer notamment que « *l'indépendance de l'arbitre est de l'essence de sa fonction juridictionnelle, en ce sens que, d'une part, il accède dès sa désignation au statut de juge, exclusif par nature de tout*

⁹¹² L'article 1452, alinéa 2, du Code de procédure civile, dans sa rédaction antérieure au décret n°2011-48 du 13 janvier 2011, imposait à l'arbitre qui suppose en sa personne une cause de récusation d'en informer les parties. C'est alors aux causes de récusation applicables au juge qu'il était renvoyé. Or, parmi ces causes de récusation du juge figuraient des situations qui relèvent d'un défaut d'indépendance ou d'impartialité. C'est ce qui a fait dire à certains auteurs que l'exigence d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre pouvait se déduire de l'ancien article 1452 alinéa 2 du Code de procédure civile (J. BÉGUIN, M. MENJUCQ (dir.), *Droit du commerce international*, LexisNexis, Litec, coll. Traités, 3^e édition, 2019, spé. n°10, p.972). D'autres auteurs relevaient cependant que « *les dispositions n'étaient pas parfaitement explicites* », que « *les textes étaient assez pauvres s'agissant de l'obligation d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre* », (J.-B. RACINE, « Le nouvel arbitre », in *Le nouveau droit français de l'arbitrage* (dir. T. Clay), Lextenso éditions, 2011, p.117 et s., spé. n°8, p.120), ou encore que « *Le nouveau Code de procédure civile est d'ailleurs singulièrement elliptique sur les qualités personnelles de l'arbitre puisqu'il se borne à faire allusion, à deux reprises à des causes de récusation, qu'il ne définit pas davantage* » (P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *op. cit.*, n°1004, p.580).

⁹¹³ En ce sens, v° C. SERAGLINI, J. ORTSCHEIDT, *op. cit.*, n°738, p.725 ; J. BÉGUIN et M. MENJUCQ (dir.), *op. cit.*, n°2589, p. 972 ; D. COHEN, « Indépendance des arbitres et conflit d'intérêts », *op. cit.*, n°21, p.620.

⁹¹⁴ Civ. 2^e, 13 avril 1972, n°70-12.774, *Bull II*, n°91.

⁹¹⁵ En ce sens, v° J. RUBELLIN-DEVICCHI, *Rev. arb.*, 1973, p.38, note sous Paris, 8 juin 1972.

lien de dépendance notamment avec les parties, et que, d'autre part, les circonstances invoquées pour contester cette indépendance doivent caractériser, par l'existence de liens matériels ou intellectuels, une situation de nature à affecter le jugement de l'arbitre en constituant un risque certain de prévention à l'égard de l'une des parties à l'arbitrage »⁹¹⁶. De ces décisions, il s'infère que l'arbitre est tenu d'une obligation d'indépendance.

Poursuivant leur œuvre, les juridictions ont ensuite élargi leur formulation pour intégrer, aux côtés de l'obligation d'indépendance, une obligation d'impartialité. En ce sens, par exemple, la cour d'appel de Paris a énoncé que les qualités d'indépendance et d'impartialité sont « *de l'essence de sa fonction juridictionnelle exclusive par nature de tout lien de dépendance à l'égard notamment des parties, et de tout préjugé* »⁹¹⁷. Pour la cour d'appel, à côté de l'indépendance qui implique l'absence de tout lien de dépendance à l'égard des parties, l'arbitre doit être dénué de préjugé, ce qui implique qu'il soit impartial. La Cour de cassation a aussi ajouté à l'indépendance une exigence d'impartialité, dans une affaire dans laquelle la nullité de la sentence était recherchée pour irrégularité dans la constitution du tribunal arbitral. Elle a ainsi retenu qu'ayant relevé « *que les liens professionnels étroits entre l'arbitre et l'avocat (...) étaient de nature à créer dans l'esprit des parties un doute raisonnable quant à l'impartialité et l'indépendance de l'arbitre, la cour d'appel en a exactement déduit, hors toute dénaturation, que le tribunal arbitral avait été irrégulièrement composé* »⁹¹⁸.

En définitive, la jurisprudence avait reconnu, au détour d'hypothèses relatives à l'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral, des obligations d'indépendance et d'impartialité incombant à l'arbitre. Le décret du 13 janvier de 2011 est venu consacrer ces obligations en les intégrant dans les dispositions régissant la matière arbitrale.

⁹¹⁶ CA Paris, 9 avril 1992, *Société Annahold BV et D. Frydman c/ société L'Oréal et M*, *Rev. arb.*, 1996, p.483. D'autres décisions ont repris cette longue formule : CA Paris, 12 janvier 1996, *Gouvernement de l'Etat du Qatar*, *Rev. arb.*, 1996, p.428 note F. FOUCHARD ; CA Paris, 28 juin 1991, *KFTCICI c/ Icori Estero*, *Rev. arb.*, 1992, p. 568 ; CA Paris, 2 juin 1989, deux arrêts : *Société T.A.I., E.S.W. et I.E.C. c/ sociétés S.I.A.P.E. et Engrais de Gabès, Me Lafont ès qualité et Société Gemanco c. sociétés S.A.E.P.A. et S.I.A.P.E.*, *Rev. arb.*, 1991, p.87. Statuant aussi dans le sens d'une obligation d'indépendance de l'arbitre dans l'hypothèse d'une désignation faite à partir d'une liste d'arbitres, v° CA Paris, 6 avril 1990, *Société Philipp Brothers c/ Société Icco et autres*, *Rev. arb.*, 1990, p.880, note M. DE BOISSESON : « *la question de l'indépendance de l'autorité de désignation des arbitres ne se distingue pas de celle de l'indépendance des arbitres, exigence absolue de toute procédure arbitrale* ».

⁹¹⁷ CA Paris, 28 novembre 2002, *Rev. arb.*, 2003, p.445 note C. BELLOC ; *JCP G*, 2003, I, p.164, n°3, obs. C. SERAGLINI ; CA Paris, 12 février 2009, *Rev. arb.*, 2009, p.186, note T. CLAY ; *Les petites affiches*, 21 juillet 2009, p.4, note M. HENRY (« L'obligation d'indépendance de l'arbitre ou le mythe d'Icare »).

⁹¹⁸ Civ. 1^e, 18 décembre 2014, n°14-11.085, *Bull I*, n°213.

β. La consécration légale des obligations d'indépendance et d'impartialité

254. Modifié par le décret n°2011-48 du 13 janvier 2011, le Code de procédure civile français vise dorénavant une obligation pour l'arbitre d'être indépendant et impartial⁹¹⁹. Cette obligation se retrouve tant dans l'arbitrage interne que dans l'arbitrage international.

255. S'agissant de l'arbitrage interne, l'article 1456 du Code de procédure civile, dans sa rédaction issue du décret du 13 janvier 2011, énonce, en son alinéa 2, qu'« *il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission* ». Aussi, tous les tribunaux arbitraux composés après le 1^{er} mai 2011⁹²⁰ sont soumis aux obligations portées aux articles 1456 du Code de procédure civile. Plus aucun doute n'est donc permis : l'arbitre interne est tenu d'une obligation d'indépendance et d'impartialité, dont certains ont même pu dire qu'elle était « *le grand mérite* »⁹²¹ de la réforme de 2011 qui l'a « *considérablement renforcée* »⁹²². Ces obligations trouvent aujourd'hui un fondement textuel à l'article 1456 du Code de procédure civile⁹²³.

Si l'on peut, en tant que juriste de tradition civiliste, se réjouir de cette consécration légale qui a pour effet de rendre davantage lisible et prévisible le droit français, on pourrait néanmoins regretter la rédaction de l'article 1456 du Code de procédure civile⁹²⁴, qui ne fait pas ressortir expressément les obligations

⁹¹⁹ Pour une présentation du décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 comme apportant une modification tenant à la consécration du devoir d'indépendance et d'impartialité et de son corollaire qu'est l'obligation de déclaration, v° E. LOQUIN, « La réforme du droit français interne et international de l'arbitrage (Commentaire du décret n°2011-38 du 13 janvier 2011) », *RTD Com.*, 2011, p.255 et s.

⁹²⁰ Article 3.2° du décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage.

⁹²¹ J.-B. RACINE, « Le nouvel arbitre », *op. cit.*, n°6, p.119.

⁹²² T. CLAY, *Code de l'arbitrage commenté, op. cit.*, commentaire sous l'article 1456 du Code de procédure civile.

⁹²³ D'ailleurs, lorsqu'il s'agit de reprocher un manquement à l'arbitre à son obligation d'indépendance et d'impartialité, c'est autour de l'article 1456 du Code de procédure civile que se cristallise le débat (v° par ex. Civ. 1^e, 16 décembre 2015, n°14-26.279).

⁹²⁴ Comp. J.-B. RACINE, « Le nouvel arbitre », *op. cit.*, n°10, p.121, qui estime qu'« on peut considérer le nouvel article 1456, alinéa 2, du Code de procédure civile comme un progrès en termes d'intelligibilité de la norme ». De fait, il est vrai qu'il pouvait être reproché aux décrets de 1980 et 1981 de n'évoquer qu'indirectement les obligations d'indépendance et d'impartialité. De ce point de vue, le nouvel article

d'indépendance et d'impartialité, du moins pas de manière autonome. En effet, à la lecture du texte, c'est davantage une obligation de révélation qui semble peser sur l'arbitre⁹²⁵, plutôt qu'une obligation d'indépendance et d'impartialité⁹²⁶. Au sens strict, l'obligation portée par le texte ne serait pas une obligation d'être indépendant et impartial, mais une obligation de révéler des circonstances de nature à laisser soupçonner un défaut d'indépendance ou d'impartialité.

Cette lecture n'est toutefois pas celle retenue par la doctrine majoritaire, qui présente l'article 1456 du Code de procédure civile comme le fondement, consacré par la réforme, des obligations d'indépendance et d'impartialité⁹²⁷. Ainsi, par exemple, pour Messieurs Seraglini et Ortscheidt, « *c'est parce qu'il est un juge que l'arbitre doit être indépendant et impartial. Ces exigences, aujourd'hui inscrites dans l'article 1456, alinéa 2, du Code de procédure civile, sont à ce point fondamentales que leur contrôle est assuré par plusieurs mécanismes* »⁹²⁸. Il est donc clair que pour ces auteurs l'article 1456 du Code de procédure civile est non seulement le siège d'une obligation de révélation des éléments de nature à faire peser un doute sur l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre, mais également le siège d'une obligation d'indépendance et d'impartialité. Cette lecture est tout à fait conforme à l'objectif du décret n°2011-38 portant réforme de l'arbitrage qui se veut, d'après Monsieur Loquin, « *le reflet exact du droit de l'arbitrage qu'elle formalise* »⁹²⁹. Or, dès avant l'entrée en vigueur de ce décret, les juges avaient dégagé, à la charge de l'arbitre, une obligation d'indépendance et d'impartialité distincte de

1456 du Code de procédure civile représente une nette amélioration. Pour autant, l'article 1456 du Code de procédure civile aurait pu être mieux rédigé.

⁹²⁵ Sur cette obligation de révélation et sa nature contractuelle, v° *supra*, n°205 et s.

⁹²⁶ Dans le même sens, Monsieur Racine, énonce qu'il « n'y a pas dans le Code de procédure civile de disposition générale imposant le devoir d'indépendance et d'impartialité. C'est en réalité par le biais de l'obligation de révélation posée à l'article 1456 al. 2 CPC (applicable en matière internationale par renvoi de l'article 1506 CPC) que ce devoir est indirectement formulé » (J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage, op. cit.*, n°485, p.334).

⁹²⁷ En ce sens, v° J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage, op. cit.*, n°506, p.345 ; D. MOURALIS, « Les exigences d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre », *Les petites affiches*, 13 février 2013, p.13 et s., spé. p.18 ; B. MOREAU, A. BERGOI, R. DESCOURS-KARIMITZ, P.-E. MALLETT, A. LELEU, *Répertoire de procédure civile, Dalloz*, V° Arbitrage en droit interne, 2017, spé. n°203 ; L. JANDARD, *op. cit.*, n°101, p.132 ; T. CLAY, « "Liberté, égalité, efficacité". La devise du nouveau droit français de l'arbitrage. Commentaire article par article », *Journal du droit international (Clunet)*, 2012, n°2, doct. 4, p.443 et s., spé n°43 ; B. LE BARS, « Impartialité de l'arbitre, étendue de son obligation de révélation et promptitude à agir des parties », *D.*, 2014, p. 1986 et s., spé. n°6 ; C. JARROSSON, B. LE BARS, *Encyclopédie JurisClasseur Commercial*, v° Fasc. 197 : Arbitrage commercial – Droit interne, 2014, spé. n°79 ; J.-C. MAGENDIE, D. FERRIER, « La transparence : une exigence raisonnable pour l'indépendance des arbitres », *D.*, 2015, p.29 et s., spé. n°1, p.29.

⁹²⁸ C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°228, p.268 et n°738, p.725.

⁹²⁹ E. LOQUIN, « Rapport de synthèse : la perspective française », *op. cit.* Adde J. PELLERIN, « La codification de l'arbitrage en droit français », in *Codification du droit privé et évolution du droit de l'arbitrage, Journées franco sudaméricaines de droit comparé 3-4 octobre 2013, op. cit.*, spé. n°13, p.129.

l'obligation de révélation⁹³⁰. Dès lors, l'article 1456 du Code de procédure civile ne peut qu'être la consécration légale de l'existence de ces obligations distinctes, en dépit de l'imprécision de sa formulation.

256. En matière d'arbitrage international, le même article 1456 du Code de procédure civile trouve à s'appliquer par l'effet d'un renvoi opéré par l'article 1506, 4°. Ce texte, on le sait, rend les dispositions de l'arbitrage interne applicables à l'arbitrage international sous réserve d'une volonté contraire des parties. Par principe, l'arbitre international est donc tenu d'être indépendant et impartial ; par exception, les parties pourraient le dispenser de cette obligation.

Cela étant, comme il en va pour l'obligation de motivation⁹³¹, la possibilité offerte aux parties de dispenser l'arbitre de respecter l'obligation d'indépendance et d'impartialité est sans effet sur le rattachement de cette obligation, lorsqu'elle s'imposera à l'arbitre, à sa fonction d'arbitre-juge ou d'arbitre contractant. En effet, cette possibilité offerte aux parties ne joue que sur le caractère impératif de l'obligation et donc sur l'existence de cette obligation pour l'arbitre. Or, nous avons pour volonté non pas de déterminer un critère afin de déterminer les obligations qui pèsent sur l'arbitre, mais permettant de rattacher les obligations de l'arbitre à sa fonction de juge ou de prestataire de services. Par ailleurs, la possibilité offerte aux parties peut également interroger la source de l'obligation, critère de rattachement que nous avons rejeté.

En tout état de cause, l'hypothèse suivant laquelle les parties dispenseraient l'arbitre de son obligation d'indépendance et d'impartialité nous paraît aussi peu probable que celle dans laquelle les parties dispenseraient l'arbitre de son obligation de révélation⁹³². Les raisons en sont les mêmes : pourquoi une partie accepterait-elle de dispenser le tribunal arbitral, devant trancher un litige qui l'oppose à la partie adverse, d'être indépendant et impartial ? Elle prendrait le risque de voir son litige tranché par un tribunal acquis à la cause de l'autre partie, pour des raisons indépendantes de toute

⁹³⁰ Pour un arrêt qui sanctionne, par la nullité de la sentence, le défaut d'indépendance ou d'impartialité de l'arbitre, indépendamment de toute obligation de révélation, v° par ex. Civ. 1^e, 13 mars 2013, n°12-16.944. V° également, pour un arrêt faisant directement application des obligations d'indépendance et d'impartialité postérieurement à l'entrée en vigueur du décret : Civ. 1^e, 18 décembre 2014, n°14-11.085, *Bull I*, n°213 (nullité prononcée pour constitution irrégulière du tribunal en présence de liens professionnels étroits entre l'arbitre et l'avocat d'une des parties, de nature à créer un doute raisonnable quant à l'impartialité et l'indépendance de l'arbitre).

⁹³¹ Sur ce point, v° *supra*, n°162.

⁹³² Sur ce point, v° *supra*, n°207.

considération d'ordre juridique. Plus encore, pour qu'une sentence internationale soit reconnue ou que l'exequatur lui soit accordé en France, il faut que cette dernière ne heurte pas l'ordre public international⁹³³, conformément à l'article 1520, 5°, du Code de procédure civile⁹³⁴. Or, il a été jugé qu'une décision rendue par un tribunal judiciaire qui n'est pas indépendant ou impartial heurte l'ordre public international⁹³⁵. En conséquence, on pourrait penser qu'une sentence rendue sans les garanties d'indépendance et d'impartialité, à raison d'une dispense des parties, ne pourrait pas être exequaturée, du moins en France⁹³⁶. Il faut évidemment raison gardée sur la transcription de cette solution en matière d'arbitrage. En effet, si cette solution trouvait à s'appliquer, force est de constater que le droit français pourrait apparaître comme contradictoire en offrant d'un côté la possibilité aux parties de dispenser les arbitres d'une telle obligation et d'un autre côté en sanctionnant les sentences rendues pour défaut d'indépendance et d'impartialité. Ceci conduit nécessairement à s'interroger sur la réalité de la possibilité théorique laisser aux parties de dispenser les arbitres internationaux de leurs obligations d'indépendance et d'impartialité. Pour résoudre cette contradiction, nous proposons de retenir une lecture stricte des articles 1506 et 1456 du Code de procédure civile s'agissant de l'objet sur lequel peut porter la dispense. Strictement, l'article 1506, 4^e du Code de procédure renvoie à l'article 1456 du même Code qui ne prévoit expressément qu'une obligation de révélation et non d'indépendance et d'impartialité, comme on l'a déjà mentionné. Peut-être faudrait-il alors retenir que le législateur a entendu offrir aux parties uniquement la possibilité de dispenser les arbitres de leur obligation de révélation et non d'indépendance et

⁹³³ En vertu de l'article 1520, 2° du Code de procédure civile, une sentence internationale ne peut produire d'effet en France qu'à la condition que le tribunal arbitral ait été régulièrement composé. Or, comme le souligne Messieurs Seraglini et Ortscheidt, le défaut d'indépendance et d'impartialité est constitutif d'une irrégularité dans la constitution du tribunal arbitral dont les parties peuvent se prévaloir, sauf à ce qu'elles y aient renoncé ou, évidemment, qu'elles aient dispensé les arbitres de l'obligation d'indépendance et d'impartialité, le contrôle de la régularité de la sentence s'opérant, sur ce fondement, au regard de la volonté des parties (en ce sens, v° C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, 2^e édition, n°993, p. 985).

⁹³⁴ En ce sens, v° P. COURBE, « L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre », *op. cit.*, spé. n°5 ; C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°756, p. 688.

⁹³⁵ En ce sens, il a été jugé qu'un jugement rendu par un juge étranger partial ne peut se voir accorder l'exequatur car « l'impartialité du juge est une exigence d'ordre public international » (Civ. 1^e, 3 décembre 1996, n°94-20.986, *Bull I*, n°427).

⁹³⁶ La Cour de cassation a considéré que dès lors qu'un recours de nature juridictionnelle comporte des garanties d'impartialité et d'équité, sa procédure n'est pas contraire à l'ordre public international (Soc., 29 septembre 2010, n°09-41.030). *A contrario*, si ces garanties ne sont pas apportées, la procédure et donc la décision qui en est l'aboutissement pourraient être jugées contraires à l'ordre public international, empêchant alors l'exequatur.

d'impartialité. Cette lecture stricte, à la lettre du texte, s'agissant uniquement de la portée de la dispense ouverte aux parties, permettrait de redonner de la cohérence au droit : les parties peuvent dispenser l'arbitre de son obligation de révélation, conformément aux dispositions légales, sans risquer l'efficacité de leur sentence ni compromettre « *l'essence même de la fonction juridictionnelle* », conformément aux solutions prétoriennes. Nous proposons qu'elle soit retenue et ainsi que l'on considère que les parties ne peuvent pas dispenser les arbitres internationaux de leurs obligations d'indépendance et d'impartialité mais simplement de l'obligation de révélation. Cette position est d'ailleurs conforme à l'intérêt des parties tant au regard de l'issue du litige que dans la perspective de l'efficacité de leur sentence. En pratique, quoi qu'il en soit, dans la grande majorité des situations, l'arbitre international sera vraisemblablement tenu d'être indépendant et impartial.

Au terme de cette première approche, il apparaît que l'arbitre et le juge sont soumis aux mêmes obligations d'indépendance et d'impartialité. Cependant, en dépit d'une dénomination identique, le contenu de ces obligations se présente différemment selon qu'elles s'appliquent au juge ou à l'arbitre. Cette différence devrait, au regard du critère de la comparaison, conduire à qualifier ces obligations de contractuelles pour l'arbitre. On montrera toutefois qu'il n'en est rien, car les différences de contenu qui peuvent être observées doivent être dépassées.

2. Un contenu différent mais équivalent

Bien que les obligations d'indépendance et d'impartialité soient parfois présentées comme une seule et même obligation⁹³⁷, nous les envisagerons séparément car les notions d'indépendance et d'impartialité sont en réalité distinctes et recouvrent un contenu différent⁹³⁸. L'étude de l'obligation d'indépendance (a) précédera donc celle de l'obligation d'impartialité (b).

⁹³⁷ Soulignant que la distinction entre l'obligation d'indépendance et d'impartialité a fait l'objet de débats en doctrine, v° J.-B. RACINE, « Le nouvel arbitre », *op. cit.*, n°10, p. 120.

⁹³⁸ Pour une présentation qui distingue indépendance et impartialité, v° J. BÉGUIN, M. MENJUCQ (dir.), *op. cit.*, n°2591, p. 973 ; J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, n°489, p. 335 (soulignant que « *L'article 1456 al. 2 CPC emploie concomitamment les termes d'indépendance et d'impartialité, ce qui tendrait à montrer, malgré leur parenté étroite, qu'il ne s'agit pas tout à fait de la même* ») ; P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *op. cit.*, n°1028, p. 582 ; C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°223 et s., p. 236

a. Le contenu de l'obligation d'indépendance

L'obligation d'indépendance se présente sous un aspect différent selon qu'elle s'applique au juge ou à l'arbitre⁹³⁹ (α). Pour autant, ces différences doivent être dépassées car elles masquent en réalité une équivalence des contenus de ces obligations pesant sur le juge et sur l'arbitre (β).

α . Les différences de contenu

257. En ce qu'elle s'impose au juge, l'indépendance est perçue comme un préalable à l'impartialité⁹⁴⁰ : si un juge manque à son obligation d'indépendance, il ne pourra qu'être partial. Quant au contenu de l'obligation d'indépendance, il se compose de deux aspects : l'un, organique ; l'autre, fonctionnel.

et s. ; E. LOQUIN, *L'arbitrage du commerce international*, Joly éditions, coll. Pratique des affaires, 2015, spé. n°189 et s., p.182 et s. ; J. ROBERT, *L'arbitrage, droit interne, droit international privé*, Dalloz-Sirey, 6^e édition, 1993, spé. n°135, p.114.

Pour certains, la présentation distinguée des obligations d'indépendance et d'impartialité est « traditionnelle » (L. BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *op. cit.*, n°633, p.506 ; B. LE BARS, avec la collaboration de J. DALMASSO, *Arbitrage commercial international, Les grands arrêts du droit français*, LexisNexis, coll. Droit & Professionnels, 2016, thème 17, spé. n°29, p.302 ; P. FOUCHARD, *Encyclopédie JurisClasseur Droit international*, v° Fasc. 586-7-3 : Arbitrage commercial international, Tribunal arbitral, Statut des arbitres, 1994, spé. n°20 et s.).

Pour d'autres, les deux doivent être assimilées car « l'indépendance absorbe l'impartialité » (J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage, op. cit.*, n°489, p.335). Egalement en faveur d'une assimilation entre les deux obligations, v° C. DERACHE, « Indépendance et impartialité de l'arbitre en droit français », *JCP E*, 2012, 1480 ; P. BELLET, *Rev. arb.*, 1992, p.578, qui énonce : « Il n'a pas été question de partialité, mais à vrai dire, les deux notions [i.e. indépendance et impartialité] tendent à se confondre. Apparemment l'indépendance est de nature objective, tandis que l'impartialité est de nature subjective, et l'on a proposé de ne plus parler que d'indépendance, laquelle devrait être à la fois de la situation et d'esprit, la première garantissant la seconde » ; T. CLAY, *L'arbitre, op. cit.*, n°300, p.251, affirmant que « Pour englober toutes ces situations [i.e. c'est-à-dire celles qui relèveraient de l'impartialité et celles qui relèveraient de l'indépendance], il paraît même impératif qu'il n'y ait qu'une définition, rangée derrière un terme générique unique, en l'occurrence celui d'indépendance » ; M. HENRY, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre, op. cit.*, n°208 et 210 ; J.-F. POUURET, S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, Schulthess, LGDJ, 2002, spé. n°416, soulignant qu'« il n'est pas aisé de distinguer clairement l'indépendance de l'impartialité » ; L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès, op. cit.*, n°161, p. 597, estimant que « L'indépendance, du reste, n'a pas d'existence distincte de l'impartialité lorsque le juge tire directement son pouvoir de juger des parties mêmes entre lesquelles il s'agit de juger : tel est le cas de l'arbitre ». *Adde Civ. 1^e*, 4 mai 2017, n°15-29.158, *Bull I*, n°95, pour une décision dans laquelle la Cour de cassation ne distingue pas indépendance et impartialité.

⁹³⁹ En ce sens, v° B. OPPETIT, « Justice étatique et justice arbitrale », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p.415 et s. ; J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage, op. cit.*, n°490, p.336.

⁹⁴⁰ En ce sens, v° CONSEIL DE L'EUROPE, COMITE DES MINISTRES, Les juges : indépendance, efficacité et responsabilité, Recommandation CM/Rec(2010)12 et exposé des motifs, Publishing Editions, 2010, spé. p.5.

258. L'indépendance organique implique que le juge puisse exercer ses fonctions sans subir d'ingérence de la part du pouvoir exécutif ou législatif. Elle s'apprécie donc principalement « *en externe* »⁹⁴¹ : elle interroge les rapports avec l'extérieur⁹⁴², c'est-à-dire avec les autres pouvoirs que le pouvoir judiciaire. Elle suppose que le « *tribunal puisse exercer sa mission de juger en toute liberté, sans entraves, ni du pouvoir législatif, ni du pouvoir exécutif [...]* »⁹⁴³. Elle prend toutefois des formes différentes selon qu'elle se manifeste au regard du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif.

L'indépendance du juge face au pouvoir législatif interdit au Parlement de s'immiscer dans le pouvoir du juge ; il s'agit de « *protéger la justice des empiètements du pouvoir législatif* »⁹⁴⁴. Les tenants du pouvoir législatif ne doivent pas pouvoir entrer dans le processus juridictionnel en remettant en cause les données d'un procès ou les décisions rendues ayant autorité de la chose jugée⁹⁴⁵ : les juges doivent pouvoir raisonner pour aboutir à leur décision sans que le pouvoir législatif puisse interférer dans la réalisation de cette mission. L'enjeu ici est de préserver le juge, ou plutôt la fonction juridictionnelle, de l'influence du pouvoir législatif, en s'assurant qu'aucune loi, expression du pouvoir législatif, ne s'impose au juge pour modifier le processus juridictionnel : le législateur ne peut modifier une décision rendue ou contraindre le juge, en cours d'instance, à modifier son appréciation pour tenir compte d'une loi nouvelle⁹⁴⁶. L'indépendance du juge s'y oppose, par principe. Pour autant, elle n'interdit pas systématiquement les techniques légales impactant le processus juridictionnel. L'indépendance du juge par rapport au pouvoir législatif impose seulement de préserver le juge des abus tenant à l'utilisation des lois interprétatives, de validation ou encore des rétroactives⁹⁴⁷. En définitive, l'indépendance du juge implique l'encadrement du pouvoir

⁹⁴¹ S. GUINCHARD (dir.), *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès*, op. cit., n°340, p.859 ; A. CAPPELLO, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, v° Question prioritaire de constitutionnalité, 2015, spé. n°247.

⁹⁴² À l'inverse, l'impartialité est interne, au juge ou à l'institution judiciaire.

⁹⁴³ S. GUINCHARD (dir.), *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès*, op. cit., n°341-1, p.861.

Cette indépendance est réciproque : le juge ne doit pas subir la pression des pouvoirs exécutifs et législatifs, lesquels ne doivent pas voir le juge s'immiscer dans leurs domaines respectifs (en ce sens, v° L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., n°29 et s., p.111 et s.).

⁹⁴⁴ L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., n°28, p.110.

⁹⁴⁵ En ce sens, v° S. GUINCHARD (dir.), *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès*, op. cit., n°342, p.862 ; G. ROUJOU DE BOUBÉE, « Cycle la justice pénale. L'indépendance et l'impartialité des juges », *JCP G*, 2015, n°15, doct. 457 ; L. SAVADOGO, « Déni de justice et responsabilité internationale de l'État pour les actes de ses juridictions », *Journal du droit international (Clunet)* 2016, n°3, doct. 8, p.827 et s..

⁹⁴⁶ Pour une présentation plus approfondie de ces sujets, v° notamment L. MILANO, « Les lois rétroactives, illustration de l'effectivité du dialogue des juges », *RFDA* 2006, p.447.

⁹⁴⁷ Certains auteurs ont énoncé : « Dans une conception égalitaire de la séparation des pouvoirs, les fonctions législative, exécutive et judiciaire de l'Etat devraient être absolument indépendantes les unes

législatif afin de s'assurer que le juge exerce sa fonction sans que celle-ci soit modifiée en cours d'exercice par le pouvoir législatif.

L'indépendance du juge doit aussi être garantie à l'endroit du pouvoir exécutif. Le sujet est ici plus délicat car le juge est soumis à la protection du président de la République pour son indépendance⁹⁴⁸ mais aussi, par ailleurs, à la tutelle administrative du Garde des Sceaux. Or, l'indépendance organique implique que le pouvoir exécutif, par son pouvoir de nomination, ou encore de sanction, ne puisse pas influencer sur le juge. L'organisation qui entoure l'exercice de la fonction doit permettre au juge d'être indépendant : il ne doit pas se sentir organiquement menacé. Pour ce faire, le rôle de l'exécutif dans la carrière du juge doit être encadré. C'est notamment la fonction du statut de la magistrature et des principes protecteurs qui y sont posés, telle l'inamovibilité des juges⁹⁴⁹. L'indépendance organique du juge à l'endroit du pouvoir exécutif implique donc que celui-ci puisse exercer librement sa mission sans que l'organisation de l'exercice de sa profession ne soit utilisée comme un moyen d'influer sur ses décisions.

259. L'indépendance du juge doit également être fonctionnelle, et non pas seulement organique⁹⁵⁰. Cette indépendance fonctionnelle s'entend, cette fois, uniquement vis-à-vis du pouvoir exécutif⁹⁵¹ : elle s'oppose à ce que les tenants du

des autres : les pouvoirs législatif et exécutif ne devraient pas s'immiscer dans le domaine de l'autorité judiciaire et, à l'inverse, cette dernière ne devrait pas porter atteinte aux pouvoirs législatif et exécutif. Ces principes ne sont pas conformes à la réalité, parfois à la réalité des textes constitutionnels, plus souvent à la réalité de la pratique politique » (L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, n°25, p.105). Notre volonté n'est pas d'épuiser le sujet, mais de démontrer que l'indépendance qui pèse sur le juge est directement liée à sa fonction juridictionnelle. Par conséquent, nous ne détaillerons pas plus avant l'étude des lois d'interprétation, de validation ou rétroactives. On notera simplement qu'elles sont encadrées, tant par le Conseil constitutionnel que par la Cour européenne des droits de l'Homme, afin que l'indépendance du juge ne soit pas méconnue. En ce sens, v° notam., CEDH, 28 octobre 1999, Zielinski, Pradal, Gonzalez et autres c/ France, requête n°24846/94 et 34165/96, RTDH, 2000, p.796 et s., obs. E. MELLA (« Les validations législatives au regard du droit à un procès équitable ») ; RFDA, 2000, p.1254 et s., note S. BOLLE. Adde X. PRETOT, « Le Conseil constitutionnel, la Cour européenne de Strasbourg et les validations législatives », in *Le nouveau constitutionnalisme*, Mélanges en l'honneur de Gérard Conac, Économica, 2001, p.219 et s..

⁹⁴⁸ C'est le sens même de l'article 64 de la Constitution qui fait du Président de la République le « *garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire* », et donc du juge.

⁹⁴⁹ *Ibid.*, n°26, p.107.

⁹⁵⁰ Pour un auteur, l'indépendance fonctionnelle est même la plus importante (G. EVEILLARD, « Quand le Conseil d'Etat vient au secours de la Cour de cassation », *Droit administratif*, 2018, n°8-9, p.57 et s.).

⁹⁵¹ Pour une présentation de l'indépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif comme impliquant une indépendance fonctionnelle et une indépendance organique, v° S. GUINCHARD, *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, v° Procès équitable, 2017, spé. n°327 ; L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, spé. n°26 et s., p.106 et s. ; T. MONTERAN, « Impartialité, droits de l'Homme et QPC », *Revue des procédures collectives*, 2015, n°4, étude 13 ; G. EVEILLARD, *op. cit.* ; F. SUDRE, « Droit de la

pouvoir exécutif puissent interférer dans la mission du juge en lui donnant des « *commandements et autres interdictions* »⁹⁵² quant à la façon dont il doit mener à bien sa fonction juridictionnelle. Juger ne doit pas être la chose du pouvoir exécutif. L'indépendance fonctionnelle implique que le juge soit le seul à avoir prise sur le processus juridictionnel auquel il apporte sa contribution en tranchant le litige. Cette indépendance, qui garantit que la réponse juridique apportée au contentieux émane du juge sans que ce dernier n'ait été influencé par le pouvoir exécutif, fait aussi obstacle à ce que l'exécutif puisse user de son pouvoir réglementaire pour modifier certaines dispositions qui auraient un impact sur la solution du litige.

Le Conseil de l'Europe recommande même que l'indépendance du juge soit appréciée « *en interne* », c'est-à-dire au sein même des autorités judiciaires⁹⁵³. Pour le Conseil de l'Europe, le juge ne doit subir aucune « *influence indue, pression, menace ou intervention, directe ou indirecte de la part d'une quelconque autorité, y compris les autorités judiciaires elles-mêmes* »⁹⁵⁴. Ce faisant, le Conseil va au-delà de l'approche classique pour considérer que l'indépendance du juge peut être menacée même par l'autorité à laquelle il appartient.

En somme, l'indépendance du juge s'exprime à l'égard des tenants du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif, voire même de ceux qui, appartenant à l'autorité judiciaire, pourraient faire pression sur le juge. Ce n'est évidemment pas ainsi que l'indépendance de l'arbitre est conçue.

260. En ce qu'elle s'impose à l'arbitre, en effet, l'indépendance suppose, suivant la majorité des auteurs, « *l'inexistence de lien entre l'arbitre et les parties, ou tout autre pouvoir de fait* »⁹⁵⁵. Elle s'entend objectivement⁹⁵⁶, c'est-à-dire sans tenir compte de la

Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G*, 2011, n°4, doctr. 94, spé. n°5, obs. sur CEDH, 23 nov. 2010, *Moulin c/ France*.

⁹⁵² L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, n°26, p. 107.

⁹⁵³ CONSEIL DE L'EUROPE, COMITE DES MINISTRES, Les juges : indépendance, efficacité et responsabilité, Recommandation CM/Rec(2010)12 et exposé des motifs, Publishing Editions, 2010, spé. n°22, p. 9.

⁹⁵⁴ *Ibid.*

⁹⁵⁵ C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°223, p. 237. *Adde* en ce sens : D. HASCHER, *Répertoire de droit international*, *Dalloz*, v° Arbitrage du commerce international, 2005, n°79 ; J.-C. DUBARRY, « L'indépendance de l'arbitre par rapport aux parties : tutoiement, lien de subordination et conseiller habituel », *RTD Com.*, 1999, p. 371 et s. ; J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, n°489, p. 335 ; E. LOQUIN, « Les garanties de l'arbitrage », *Les petites affiches*, 2 octobre 2003, p. 13 et s. ; T. CLAY, *L'arbitre*, *op. cit.*, n°280, p. 235 ; J.-C. MAGENDIE, D. FERRIER, *op. cit.*, n°2, p. 29 ; B. MOREAU, E. GLUCKSMANN, P. FENG, *op. cit.*, n°104 ; D. MOURALIS, *op. cit.*, spé. p. 32 ; C. DERACHE, « Indépendance et impartialité de l'arbitre en droit français », *op. cit.* ; J. BÉGUIN, M. MENJUCQ (dir.), *op. cit.*, n°2590, p. 973 ; B. LE BARS, J. JUVENAL, « La révélation d'un courant d'affaires : comment apprécier l'indépendance de l'arbitre », *JCP*,

personnalité ou de l'état d'esprit de l'arbitre. Pour Monsieur Henry, « *l'appréciation objective s'attache aux apparences sans forcément se préoccuper des intentions de la personne en cause : une telle circonstance sera jugée compromettante parce qu'elle en présentera les caractéristiques habituelles* »⁹⁵⁷. Autrement dit, seule la nature des relations objectives que l'arbitre entretient non seulement avec les parties à l'arbitrage mais également avec les conseils des parties⁹⁵⁸, intéresse la notion d'indépendance. Prolongeant cette idée, Monsieur Loquin estime que l'arbitre peut perdre son indépendance dans les circonstances suivantes qu'il énumère : « *relations d'affaires, mission de conseil auprès de l'une des parties ou de l'avocat de cette partie ; création d'un courant d'affaire entre l'arbitre et l'une des parties ou l'avocat de cette partie résultant du cumul des rémunérations dues au premier par les seconds en échange de missions habituelles d'arbitrage ou de conseils ; liens existant entre l'une des parties et le cabinet dans lequel travaille l'arbitre, quelles que soient par ailleurs les fonctions occupées (associé, collaborateur, "of counsel")* ». Cette approche doctrinale est conforme à la définition de l'indépendance telle que les juridictions la retiennent.

Sans qu'il soit besoin de répertorier la jurisprudence rendue en matière d'indépendance des arbitres⁹⁵⁹, on mentionnera simplement, à titre d'exemple, un arrêt de la cour d'appel de Paris qui propose une définition de l'indépendance : « *considérant que l'indépendance de l'arbitre est de l'essence de sa fonction juridictionnelle, en ce sens que, d'une part, il accède dès sa désignation au statut de juge, exclusif par nature de tout lien de dépendance notamment avec les parties, et que, d'autre part, les circonstances invoquées pour contester cette indépendance doivent caractériser, par l'existence de liens matériels ou intellectuels, une situation de nature à affecter le jugement de l'arbitre en*

2010, II, 1306, note sous Civ. 1^e, 20 octobre 2010, n°09-68.997, *Bull I*, n°204 ; A. CONSTANS, « L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre en droit français », *Revue des juristes de Sciences Po*, 2010, p.26 ; H.-J. NOUGEIN, Y. REINHARD, P. ANCEL, M.-C. RIVIER, A. BOYER, P. GENIN, *Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale*, Litec, coll. Pratique professionnelle, 2004, spé. n°173, p.96.

⁹⁵⁶ En ce sens, v° P. BELLET, *Rev. arb.*, 1992, spé. p.578 ; J. BÉGUIN, M. MENJUCQ (dir.), *op. cit.*, n°2591, p.973 ; J. ROBERT, *L'arbitrage, droit interne, droit international privé*, *op. cit.*, n°135, p.114 ; J.-C. MAGENDIE, D. FERRIER, *op. cit.*, n°1, p.29 ; J.-A. DIAZ, « Indépendance, neutralité et professionnalisme des arbitres, Point de vue d'un juriste d'entreprise », *Cahiers de droit de l'entreprise*, juillet 2012, n°4, dossier 20 ; C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°223, p.237 ; M. HENRY, « Les obligations d'indépendance et d'information de l'arbitre à la lumière de la jurisprudence récente », *op. cit.*, p.198.

⁹⁵⁷ M. HENRY, « Les obligations d'indépendance et d'information de l'arbitre à la lumière de la jurisprudence récente », *op. cit.*, p.197.

⁹⁵⁸ En ce sens, v° J.-B. RACINE, « Le nouvel arbitre », *op. cit.*, n°11, p.123 ; T. CLAY, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », *D.* 2013, p.2936 et s..

⁹⁵⁹ Notre ambition n'est pas de présenter l'ensemble de la jurisprudence concernant l'obligation d'indépendance, mais d'en identifier les illustrations principales pour montrer que cette obligation, en ce qu'elle s'impose à l'arbitre, ne revêt pas tout à fait le même contenu que celle à laquelle le juge est soumis.

constituant un risque certain de prévention à l'égard de l'une des parties à l'arbitrage ». La formule retenue, à travers la notion de liens de dépendance matériels ou intellectuels, permet d'englober les situations dans lesquelles l'indépendance de l'arbitre serait menacée, que ce soit à raison de ses relations avec les parties⁹⁶⁰ ou avec les conseils des parties⁹⁶¹.

Des développements qui précèdent, il ressort que l'indépendance du juge s'apprécie au regard des pouvoirs législatifs et exécutifs, voire au regard de l'autorité judiciaire, ce qui n'est *a priori* pas le cas de l'arbitre. On pourrait alors considérer que l'indépendance du juge ne peut pas être assimilée à celle de l'arbitre⁹⁶². Toutefois, il semble que ces différences doivent être dépassées, au regard de la fonction même de ces obligations, à savoir : assurer la liberté de celui qui statue. Cet objectif commun transcende les différences de contenu pour aboutir à leur équivalence.

⁹⁶⁰ Pour une affaire rendue en matière d'obligation de révélation mais qui permet néanmoins d'illustrer une approche de l'indépendance au regard des relations entre l'arbitre et l'une des parties à la cause : Civ. 1^e, 31 mars 2016, n°14-20.396.

⁹⁶¹ En ce sens, v° CA Paris, 9 septembre 2010, D. 2010, panorama, p.2934, obs. T. CLAY ; CA Paris, 10 mars 2011, *Tecso c/ Neoelectra Group*, n°09-28537, *Les cahiers de l'arbitrage*, 2011, p.787, note M. HENRY ; CA Reims, 2 novembre 2011, *Tecnimont*, n°10-02888, *Les cahiers de l'arbitrage*, 2011, p.1109, note T. CLAY. Ce lien est d'autant plus fort lorsque les institutions arbitrales fonctionnent avec un mécanisme de liste, dit de « liste fermée » ou de « liste officielle » (on ne vise pas ici les situations dans lesquelles la liste est établie par les parties dans leur contrat ; pour un article sur ce sujet, v° M. DANIS, « Les listes d'arbitres en question », *Les cahiers de l'arbitrage*, 2014, p.465 et s.). C'est le cas par exemple du Centre d'arbitrage et de médiation de Madagascar ou de la Chambre arbitrale maritime de Paris. Celle-ci prévoit, à l'article 3, alinéa 7, de ses statuts : « *Il appartient à l'Assemblée Générale d'établir et de tenir à jour une liste d'arbitres de la Chambre Arbitrale Maritime comprenant des personnes françaises ou étrangères jugées aptes par leur expérience et leur compétence maritime à remplir les fonctions d'arbitres. Ces personnes sont rangées sur cette liste suivant leur spécialité et par ordre alphabétique pour la commodité de la consultation.* ». La jurisprudence française admet, en matière internationale, la licéité du système de listes fermées pour la nomination des arbitres (CA Paris, 6 avril 1990, *Société Philipp Brothers c/ Société Icco et autres*, *Rev. arb.*, 1990, p.880 et s. ; CA Paris, 31 janvier 2008, *Rev. arb.*, 2008, p. 487 et s., note L-M. PILLEBOUT). La liste d'arbitres a alors pour effet que seuls les arbitres figurant sur cette liste peuvent être investis d'une mission arbitrale, ce qui peut susciter une difficulté d'indépendance au regard des liens qui unissent les arbitres aux membres des professions, d'autant plus dans les arbitrages corporatifs. Pour autant, les juges estiment que ces arbitrages sont « *confiés à des professionnels en tant qu'arbitres, lesquels sont nécessairement en relation d'affaires les uns avec les autres ou les uns contre les autres selon les circonstances, sans que l'existence de telles relations d'affaires doive, par principe, mettre en doute et même en cause leur indépendance et leur impartialité* » (CA Paris, 27 juin 2002, *Rev. arb.*, 2003, p.427, note C. LEGROS).

⁹⁶² Monsieur Terré a exprimé cette opinion de la manière suivante : « *Contrairement à ce qui se manifeste en droit interne, ce n'est pas par rapport à tel ou tel autre pouvoir – législatif ou exécutif – de l'État moderne que le débat se développe, ni même en relation avec quelque pouvoir – ou autorité – judiciaire exerçant une influence contestable sur ses membres, sous la forme, ancienne, du corporatisme ou, contemporaine, du syndicalisme judiciaire. Ce qui est en cause, c'est la relation plus ou moins ambiguë qui peut exister par rapport à ceux qui ont le pouvoir de désigner l'arbitre, que ce soit les parties elles-mêmes ou une institution* » (F. TERRE, « *L'internationalité du juge dans l'arbitrage* », in *L'internationalité dans les institutions et le droit : convergences et défis : études offertes à Alain Plantey, Pédone, 1995, p. 219 et s., sp. p.225-226*).

β. L'équivalence des contenus

261. L'obligation d'indépendance du juge diffère de celle qui s'applique à l'arbitre dès lors que les liens qui contreviendraient à l'indépendance de l'un ou l'autre ne s'expriment pas à l'endroit des mêmes personnes⁹⁶³. Pour autant, cette obligation poursuit, pour l'un et l'autre acteur, la même finalité : garantir leur liberté afin qu'ils puissent exercer leur fonction juridictionnelle.

En effet, pour l'arbitre comme pour le juge, il s'agit de s'assurer que la fonction juridictionnelle puisse s'exercer sans que soient prises en compte les relations existant entre celui qui tranche le litige et ceux qui auraient le pouvoir d'influer sur sa situation, notamment en le désignant comme juge ou arbitre⁹⁶⁴. Entre la justice étatique et la justice arbitrale, seules diffèrent les personnes susceptibles de perturber l'exercice de la fonction juridictionnelle. En revanche, l'obligation d'indépendance poursuit la même logique en posant les conditions pour que le juge et l'arbitre statuent librement : ils doivent pouvoir trancher le différend qui leur est soumis sans que leurs relations extérieures n'influent de quelque manière que ce soit sur la décision qu'ils rendent.

262. Cette finalité commune est parfaitement illustrée avec la question de la rémunération, qui suscite des débats sur l'indépendance.

Concernant le juge, le décret n°2003-1284 du 26 décembre 2003 relatif au régime indemnitaire de certains magistrats de l'ordre judiciaire prévoit la possibilité de verser une prime « *en fonction de la contribution du magistrat au bon fonctionnement de l'institution judiciaire* »⁹⁶⁵. C'est alors non seulement la quantité du travail accompli par le juge, mais aussi sa qualité, qui lui permettra d'obtenir le versement d'une telle prime

⁹⁶³ Toutefois, considérant que le juge doit, comme l'arbitre, être indépendant à l'égard des parties, v° C. PUIGELIER, « Un juge sans préjugé », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin*, Dalloz, 2008, p.317 et s., spé. n°12, p.332. Ceci correspond intégralement à l'indépendance de l'arbitre.

⁹⁶⁴ En ce sens, Monsieur Clay considère que l'indépendance du juge et de l'arbitre relève de la même logique car dans les deux cas, « *elle se pose essentiellement à l'égard du tiers qui détient un pouvoir essentiel sur celui qui juge : la désignation* » (T. CLAY, *L'arbitre, op. cit.*, n°280, p.235). L'indépendance de l'arbitre relèverait alors de la même réalité substantielle que celle du juge. Pour Monsieur Clay, la similitude entre l'obligation d'indépendance de l'arbitre et celle du juge se traduit aussi par le fait que le juge, comme l'arbitre, peut voir son indépendance menacée par ses rapports avec les parties ou avec les conseils (T. CLAY, *L'arbitre, op. cit.*, n°281, p.237).

⁹⁶⁵ Le décret du 26 décembre 2003, en ses articles 1 à 3, instaure trois types de primes : une « prime forfaitaire », une « prime pour travaux supplémentaires attribuée à raison d'un surcroît d'activité résultant d'absences prolongées de magistrats » et une « prime modulable attribuée en fonction de la contribution du magistrat au bon fonctionnement de l'institution judiciaire ». Seule cette dernière catégorie peut poser difficulté au regard du devoir d'indépendance.

et de percevoir ainsi une rétribution financière plus élevée. Interrogeant la conformité de ces primes à l'indépendance du magistrat, le syndicat de la magistrature a pu soutenir devant le Conseil d'Etat que l'instauration d'une telle prime pouvait constituer un moyen de pression de la part des chefs de cour, ayant le pouvoir de fixer le taux de la prime, et que ce type de pression serait de nature à affecter l'indépendance des magistrats dans l'exercice de leurs fonctions⁹⁶⁶. La problématique soulevée était donc la suivante : le fait que les chefs de juridiction puissent moduler la prime notamment en fonction de la contribution au bon fonctionnement de l'institution judiciaire, et donc avoir, par ce biais, un impact direct sur la rémunération des juges, ne risque-t-il pas de conduire les magistrats à orienter leur décision dans un sens ou dans l'autre, dicté par la politique des chefs de juridiction ? Autrement dit, « *D'une prime s'intégrant dans une logique administrative, on passerait à une prime déviant sur la fonction juridictionnelle (...). Le risque, clairement soulevé par le requérant, était de voir une déviation du système mis en place : sous couvert de modulation des taux de la prime, on peut en arriver à sanctionner la jurisprudence d'un juge judiciaire* »⁹⁶⁷. Le Conseil d'État a répondu négativement à cette interrogation en considérant que « *la création d'une prime modulable, destinée à tenir compte de la quantité et de la qualité du travail fourni par un magistrat et, de manière générale, de sa contribution au bon fonctionnement du service public de la justice ne porte, par elle-même, aucune atteinte à l'indépendance des magistrats dans l'exercice de leurs fonctions ; qu'elle ne porte davantage atteinte ni au principe d'égalité ni aux obligations de délicatesse et de dignité* »⁹⁶⁸. Il n'en reste pas moins que la question de la rémunération du magistrat a pu interroger directement son indépendance.

De la même façon, le fait que l'arbitre soit rémunéré par les parties interroge sur son indépendance⁹⁶⁹. Un arbitre qui est régulièrement nommé par une partie ne serait-il pas incité à donner gain de cause à cette partie qui représente une source non négligeable de ses revenus, plutôt qu'à l'autre partie qui ne l'a jamais nommé ? Cette question a été soulevée par la cour d'appel de Paris : elle jugé que l'indépendance de

⁹⁶⁶ La requête en annulation du décret du 26 décembre 2003 a donné lieu à une décision du Conseil d'Etat en date du 4 février 2005 (CE, 4 février 2005, *Syndicat de la magistrature, Robin*, req. n°264843, *Lebon* p. 33).

⁹⁶⁷ En ce sens, v° J.-P. JEAN, H. PAULIAT, « Primes modulables, qualité et indépendance de la justice judiciaire », *D.*, 2005, p.2717, note sous CE, 4 février 2005.

⁹⁶⁸ CE, 4 février 2005, préc.

⁹⁶⁹ Pour un auteur s'interrogeant sur ce point et plus largement sur les conflits d'intérêt, v° D. COHEN, « Indépendance des arbitres et conflits d'intérêts », *Rev. arb.*, 2011, p.611 et s..

l'arbitre peut être remise en cause par les circonstances qui « *caractéris[ent], par l'existence de liens matériels ou intellectuels avec l'une des parties en litige, une situation de nature à affecter le jugement de cet arbitre et constituant un risque certain de prévention à l'égard de l'une des parties à l'arbitrage* »⁹⁷⁰. De tels liens ne sont pas caractérisés lorsque l'existence d'un lien de dépendance économique entre le demandeur et son arbitre n'est pas établi⁹⁷¹. En revanche, ils sont constitués lorsque l'arbitre exerce l'activité de « *of counsel* » auprès de l'avocat d'une des parties⁹⁷² ou encore lorsque l'arbitre est l'associé du conseil de l'une des parties⁹⁷³. A ces relations qui caractérisent un lien financier de nature à rendre l'arbitre dépendant, Monsieur Loquin ajoute les cas où un arbitre est désigné habituellement par le même avocat ou le même cabinet d'avocats dès lors que ces désignations permettent de constater un courant habituel d'affaires⁹⁷⁴. Pour Messieurs Seraglini et Ortscheidt, « *les circonstances pouvant relever de cette qualification visent tout d'abord tout lien de subordination et, plus largement, toute relation professionnelle intéressée entre un arbitre et une partie. L'arbitre qui est le conseil habituel rémunéré ou le comptable de l'une des parties, ou encore le consultant rémunéré de l'une des sociétés d'un groupe auquel appartient l'une des parties à l'arbitrage, est ainsi susceptible d'être considéré comme dépendant* »⁹⁷⁵.

On le voit, l'intérêt financier pourrait conduire le juge, tout autant que l'arbitre, à trancher le litige qui lui est soumis dans un sens dicté par la situation de dépendance dans laquelle il se trouve⁹⁷⁶. Dans les deux cas, les relations financières qui s'expriment pourtant vis-à-vis de tiers différents (le chef de juridiction pour l'un, les parties pour l'autre⁹⁷⁷), entraînent un doute sur l'indépendance. Quels que soient les intérêts financiers en cause, et quelles que soient les personnes entre lesquelles ces liens se tissent, il reste que toutes ces situations participent d'une même problématique : celle

⁹⁷⁰ CA Paris, 9 avril 1992, *Société Annahold BV et D. Frydman c/ société L'Oréal et M*, *Rev. arb.*, 1996, p.483 ; CA Paris, 28 octobre et 30 novembre 1998, *Rev. arb.*, 2000, p.299, note P. GRANDJEAN.

⁹⁷¹ CA Paris, 28 octobre 1999, *Rev. Arb.*, 2000, p.229, note P. GRANDJEAN.

⁹⁷² CA Paris, 9 septembre 2010, *Rev. arb.*, 2011, p.686 ; CA Paris, 12 février 2009, *Rev. arb.*, 2009, p.186, note T. CLAY ; CA Paris, 10 mars 2011, *Rev. arb.*, 2011, p.732.

⁹⁷³ Com., 16 juillet 1964, *Gazette du palais*, 1964, p. 37.

⁹⁷⁴ E. LOQUIN, *Encyclopédie JurisClasseur Procédure civile*, v° Fasc. 1015 : Arbitrage. L'arbitre. Conditions d'exercice. Statut, 2015, spé. n°35.

⁹⁷⁵ C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°741, p.728.

⁹⁷⁶ Pour une illustration dans laquelle la solution du litige n'aboutissant nullement à enrichir l'arbitre, l'indépendance de ce dernier ne peut pas être mise en cause (v° Civ. 1^e, 25 juin 2014, n°11-16.444, *Bull I*, n°116).

⁹⁷⁷ Ou plus largement, les avocats des parties. En ce sens, v° C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°741, p.728. Pour une illustration d'un lien entre un arbitre et une société partie à l'arbitrage, v° notamment CA Rouen, 28 octobre 1998, *Jean lion et Cie/ Les Ets Gortzounian*, *Rev. arb.*, 1999, p.368, note M. HENRY.

de la préservation de l'indépendance de celui qui exerce une fonction juridictionnelle dès lors qu'il est intéressé.

263. De ce qui précède, il s'infère que si l'indépendance du juge s'exprime dans des situations différentes de celle de l'arbitre, l'une et l'autre poursuivent un même objectif. Au-delà d'un contenu différent, ces obligations apparaissent comme équivalentes⁹⁷⁸ : bien que les menaces pesant sur l'indépendance prennent des formes différentes pour le juge et pour l'arbitre, les obligations qui s'imposent à ces acteurs visent pareillement à garantir leur liberté dans l'exercice de leur fonction juridictionnelle⁹⁷⁹. Dès lors, les contenus de ces obligations étant équivalents, il convient de rattacher l'obligation d'indépendance de l'arbitre à son fonction juridictionnelle. C'est la raison pour laquelle la position des juges qui estiment que « *l'indépendance d'esprit est indispensable à l'exercice du pouvoir juridictionnel* »⁹⁸⁰ nous semble entièrement justifiée par le fait que l'indépendance de l'arbitre est comparable à celle du juge.

Il en va de même avec l'obligation d'impartialité.

b. Le contenu de l'obligation d'impartialité

Tout comme l'obligation d'indépendance, l'obligation d'impartialité se présente sous un contenu différent selon qu'elle s'applique au juge ou à l'arbitre (α). Toutefois, là encore, ces différences méritent d'être dépassées car les obligations sont, en réalité, équivalentes (β).

α . Les différences de contenu

264. S'agissant du juge, une première approche de la notion d'impartialité peut s'appuyer sur la définition qu'en donne le Vocabulaire juridique Cornu. Selon cet ouvrage, l'impartialité s'entend, « *de la part du juge, [d'une] attention scrupuleuse à*

⁹⁷⁸ Monsieur Cohen assimile l'indépendance de l'arbitre à celle du juge en considérant que les deux « *correspondent à une même exigence supérieure de l'idéal de justice* » (D. COHEN, « Indépendance des arbitres et conflits d'intérêts », *op. cit.*, n°30, p.624).

⁹⁷⁹ On pourrait dire, avec Monsieur Henry, que l'indépendance « *consiste essentiellement en une situation de non-dépendance* » (M. HENRY, « Les obligations d'indépendance et d'information de l'arbitre à la lumière de la jurisprudence récente », *op. cit.*, p.195).

⁹⁸⁰ Civ. 2^e, 13 avril 1972, n°70-12.774, *Bull II*, n°91 ; une autre décision est encore plus explicite et considère que le respect de l'indépendance est de « *l'essence de la fonction juridictionnelle* » de l'arbitre, en ce sens, v° CA Versailles, 2 mars 2006, *D.*, 2006, p.3026 citée par T. CLAY.

respecter et à faire respecter le principe de la contradiction, en veillant à ce que chacune des parties jouisse des mêmes chances de faire valoir ses prétentions, en tenant entre les parties la balance égale dans la recherche des preuves »⁹⁸¹. Ainsi entendue, l'impartialité comporte une dimension subjective et une dimension objective⁹⁸².

L'impartialité subjective⁹⁸³, aussi appelée impartialité personnelle⁹⁸⁴, correspond au sens usuel⁹⁸⁵ donné à la notion d'impartialité. À ce titre, est impartial le juge qui n'a, à titre personnel, au regard de ses croyances, de ses engagements, de ses liens d'intérêt⁹⁸⁶ ou de subordination⁹⁸⁷ avec les parties⁹⁸⁸, au travers de son « cœur et de ses reins »⁹⁸⁹,

⁹⁸¹ G. CORNU, ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 13^e édition, 2020, v° Impartialité, p.468.

⁹⁸² A. BOLZE, « Motivation des jugements et impartialité du juge », *Dalloz actualité*, 28 janvier 2019, obs. sur Civ. 1^e, 19 décembre 2018, n°17-22.056, *Bull I*, n°88 ; B. DELAUNAY, « L'impartialité du juge financier », *RFDA*, 2008, p.381 et s. ; A. DARSONVILLE, « Impartialité et juge des libertés et de la détention », *Dalloz actualité*, 21 juin 2007, obs. sur Crim., 16 mai 2007, n°06-87.347, *Bull Crim.*, n°128 ; C. TAHRI, « L'impartialité du juge des libertés et de la détention », *Dalloz actualité*, 15 juin 2011, obs. sur Civ. 1^e, 18 mai 2011, n°10-10.282, *Bull I*, n°89 ; P. FOMBEUR, A. LALLET, *Encyclopédie JurisClasseur Justice administrative*, Fasc. 70-11 : Jugement. Impartialité de la juridiction. Prévention des conflits d'intérêts des juges. Abstention et récusation, 2019, spé. n°13 ; G. LACAN, « Impartialité du juge, une exigence légitime du citoyen », *Gazette du palais*, 2 juillet 2013, n°137q3, avis sur Com., 20 juin 2013, n°13-84.177 ; M. KEBIR, « Motivation du jugement : exigence d'impartialité dans l'exposé des prétentions », *Gazette du palais*, 23 avril 2019, p.68, note sous Civ. 1^e, 19 décembre 2018, n°17-22.056 ; P. CHEVALIER, « Impartialité de l'arbitre, étendue de son obligation de révélation et promptitude des parties à agir », *D.*, 2014, p.1981, conclusions dans Civ. 1^e, 25 juin 2014, n°11-26.529, *Tecnimont*.

⁹⁸³ Pour une distinction entre l'impartialité subjective fonctionnelle et l'impartialité subjective structurelle, v° L. MILAN, *Encyclopédie JurisClasseur Collectivités territoriales*, v° Fasc. 795 : Fonction publique et Convention européenne des droits de l'Homme, 2011, spé. n°35 et n°36.

⁹⁸⁴ En ce sens, v° S. GUINCHARD, *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, v° Procès équitable, 2017, spé. n°384 ; L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., n°161, p.598 ; A. GIUDICELLI, « De l'impartialité personnelle du juge d'instruction et de la manière de la mettre en cause », *RSC*, 2004, p.668 ; A. GIUDICELLI, « L'impartialité personnelle d'une magistrate questionnée par son engagement associatif », *RSC*, 2015, p.115.

⁹⁸⁵ En ce sens, *Dictionnaire Larousse*, v° Impartialité : « Qualité, caractère de quelqu'un qui n'a aucun parti pris » ; C. TAHRI, « L'impartialité du juge des libertés et de la détention », op. cit..

⁹⁸⁶ Au titre des liens d'intérêt, on entend les relations familiales, amicales ou les animosités que peut entretenir un juge avec les parties à la cause (en ce sens, v° P. FOMBEUR, A. LALLET, *Encyclopédie JurisClasseur Justice Administrative*, v° Fasc. 70-11 : Jugement- Impartialité de la juridiction- Prévention des conflits d'intérêts des juges- Abstention, récusation, 2019, spé. n°44 à n°56).

⁹⁸⁷ Le juge peut être lié aux parties par un lien de subordination aux parties dans les juridictions spécialisées composées de fonctionnaires qui peuvent voir l'administration à laquelle ils appartiennent comme partie au jugement. C'est aussi le cas de juges qui ont par ailleurs des fonctions électives ou administratives (Par exemple, a été jugé partial le juge qui est par ailleurs professeur dans l'université partie à la cause qu'il doit trancher, CEDH, 24 septembre 2003, *Pescador Valero C/ Espagne*, requête n°62435/00). Pour une présentation générale des liens de subordination entre les parties et un juge de manière à rendre ce dernier partial, v° (en ce sens, v° P. FOMBEUR, A. LALLET, *Encyclopédie JurisClasseur Justice Administrative*, v° Fasc. 70-11 : Jugement- Impartialité de la juridiction- Prévention des conflits d'intérêts des juges- Abstention, récusation, 2019, spé. n°57 à n°68).

⁹⁸⁸ P. FOMBEUR, A. LALLET, *Encyclopédie JurisClasseur Justice Administrative*, v° Fasc. 70-11 : Jugement- Impartialité de la juridiction- Prévention des conflits d'intérêts des juges- Abstention, récusation, 2019, spé. n°44 à n°68).

⁹⁸⁹ L'expression revient à Messieurs Cadiet, Normand et Madame Amrani-Mekki (L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., n°162, p.598).

aucun préjugé en faveur de l'une ou l'autre des parties⁹⁹⁰. À l'inverse, si, à raison de positionnements qui reviennent à la personnalité même du juge⁹⁹¹, celui-ci n'est plus à équidistance des parties à l'instance, et qu'il s'est rapproché de l'une d'elles pour des raisons autres que l'application des règles de droit, il est alors devenu partial.

L'impartialité objective, que certains disent fonctionnelle⁹⁹², ne tient pas à la personne du juge, comme il en va pour l'impartialité subjective, mais « *au seul exercice de ses fonctions* »⁹⁹³. Autrement dit, c'est l'organisation même de l'institution judiciaire qui met le juge dans une situation de partialité. Les auteurs⁹⁹⁴ relèvent alors que l'impartialité fonctionnelle est questionnée dans trois situations différentes⁹⁹⁵ : d'abord, les hypothèses dans lesquelles le juge a tenu successivement des fonctions administratives et juridictionnelles dans une même affaire ; ensuite, lorsque le juge a exercé successivement et cumulativement, pour la même affaire, dans la même instance, des fonctions judiciaires distinctes ; enfin, lorsque le juge a eu connaissance des mêmes faits pour les mêmes parties, mais à l'occasion d'instances différentes.

Somme toute, l'impartialité du juge appelle de ce dernier une absence de préjugé, que ce soit à raison de ses convictions personnelles ou de l'organisation du service public de la justice.

⁹⁹⁰ En ce sens, v° B. DELAUNAY, « L'impartialité du juge financier », *op. cit.* ; M.-A. FRISON-ROCHE, « L'impartialité du juge », *D.*, 1999, p.53 ; C. TAHRI, « L'impartialité du juge des libertés et de la détention », *op. cit.* ; A. MINET-LELEU, « Impartialité et juge administratif des référés », *Droit administratif*, nov. 2019, étude 14, p. 12 et s., spé. n°1 ; B. LE BOEDEC MAUREL, « Impartialité et neutralité du juge, garanties du procès équitable », *Gazette du palais*, 12 novembre 2019, p.3 ; M. KEBIR, « Motivation du jugement : exigence d'impartialité dans l'exposé des prétentions », *Gazette du palais*, 23 avril 2019, p.68.

⁹⁹¹ Un auteur exprime cette idée de la manière suivante : « *en raison des traits propres au juge* » (S. GUINCHARD, *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, v° Procès équitable, 2017, spé. n°384).

⁹⁹² En ce sens, v° S. GUINCHARD, *Répertoire de procédure civile* Dalloz, *op. cit.*, spé. n°384. Certains parlent alors de « préjugement » (S. GUINCHARD (dir.), *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès, op. cit.*, n°363, p.919).

⁹⁹³ S. GUINCHARD, *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, *op. cit.*, spé. n°394. Dans le même sens, v° B. DELAUNAY, « L'impartialité du juge financier », *op. cit.* ; M.-A. FRISON-ROCHE, « L'impartialité du juge », *op. cit.* ; A. DARSONVILLE, « Impartialité et juge des libertés et de la détention », *op. cit.* ; C. TAHRI, « L'impartialité du juge des libertés et de la détention », *op. cit.* ; A. MINET-LELEU, « Impartialité et juge administratif des référés », *op. cit.* ; M. KEBIR, « Motivation du jugement : exigence d'impartialité dans l'exposé des prétentions », *op. cit.*

⁹⁹⁴ En ce sens, v° S. GUINCHARD (dir.), *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès, op. cit.*, n°364, p. 919 ; L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès, op. cit.*, n°163, p.599 et s. ; A. MINET-LELEU, « Impartialité et juge administratif des référés », *op. cit.*

⁹⁹⁵ Notre volonté n'est pas ici d'étudier la notion d'impartialité en elle-même, ce pourquoi nous ne nous plongeons pas dans le cœur de la notion, mais simplement de montrer que l'impartialité telle qu'elle est conçue s'impose à l'arbitre parce que, comme le juge, il exerce une fonction juridictionnelle qui lui impose une telle obligation.

265. S'agissant de l'arbitre, le Vocabulaire juridique Cornu définit l'impartialité qui pèse sur lui comme l'« *abstention de tout favoritisme ; obligation rigoureuse de n'avantager aucun des plaideurs, de ne jamais statuer au profit de l'un d'eux pour d'autres raisons que celles qui tiennent au bien-fondé de ses prétentions* »⁹⁹⁶. Pour Messieurs Seraglini et Ortscheidt, l'impartialité de l'arbitre « *renvoie plutôt à une disposition d'esprit, à un état psychologique par nature subjectif, de l'arbitre à l'égard du litige ; elle exige de l'arbitre de ne pas faire preuve de préjugé, favorable ou défavorable, à l'égard d'une partie, de ne pas se laisser dominer par des opinions préconçues ou des facteurs étrangers aux mérites de la cause* »⁹⁹⁷. C'est aussi le sens retenu par Monsieur Fouchard qui, au sujet de l'impartialité, évoque « *l'esprit de celui qui rend* » la sentence⁹⁹⁸ ou par Monsieur Racine, pour lequel « *l'impartialité serait un état psychologique qui consisterait à ne pas avoir de préjugé et à ne pas manifester d'hostilité à l'égard de l'une des parties* »⁹⁹⁹.

De ce qui précède, il s'évince qu'*a priori*, l'impartialité de l'arbitre est plus restrictive que celle du juge puisqu'elle ne s'entend que subjectivement et ne comporte pas de dimension objective. Cette différence, consubstantielle aux différences entre justice étatique et justice arbitrale, doit être dépassée.

β. L'équivalence des contenus

266. Plusieurs raisons invitent à dépasser les différences de contenu qui ont été identifiées. D'abord, tout comme les obligations d'indépendance, les obligations d'impartialité qui pèsent respectivement sur le juge et sur l'arbitre poursuivent une même finalité. En effet, elles tendent à préserver celui qui doit trancher un litige de tout préjugé tiré de ses opinions et autres conceptions intellectuelles. Elles visent donc à s'assurer que le processus intellectuel nécessaire pour aboutir à une décision judiciaire s'opère de la manière la plus neutre possible. La réponse juridique apportée, par le juge

⁹⁹⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° Impartialité, p.468.

⁹⁹⁷ C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°730, p.658. Dans le même sens, v° E. GAILLARD, « Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.*, 1990, p. 759 ; P. FOUCHARD, *Encyclopédie JurisClasseur Droit international*, v° Fasc. 586-7-3, *op. cit.*, n°20 ; E. LOQUIN, *Encyclopédie JurisClasseur Procédure civile*, v° Fasc. 1015, *op. cit.*, n°42.

⁹⁹⁸ P. FOUCHARD, « Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence », *Rev. arb.*, 1996, p.325.

⁹⁹⁹ J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, n°489, p. 335-336 ; dans le même sens, il a pu être dit que « la partialité est un état d'esprit qui manifeste l'existence d'un préjugé et justifie la suspicion de l'une des parties » (H.-J. NOUGEIN, Y. REINHARD, P. ANCEL, M.-C. RIVIER, A. BOYER, P. GENIN, *op. cit.*, n°175, p.97).

ou par l'arbitre, à la question soulevée par la cause, doit reposer sur les seules notions juridiques et factuelles du dossier. Elle ne doit pas être le fruit, ne serait-ce qu'en partie, d'un *a priori*, d'un préjugé intellectuel que le juge ou l'arbitre se serait forgé par des éléments extérieurs au dossier, quelle que soit leur provenance.

267. Ensuite, la doctrine a elle-même tendance à assimiler l'obligation d'impartialité de l'arbitre à celle du juge. En ce sens, par exemple, Messieurs Seraglini et Ortscheidt, évoquant une décision de la Cour de cassation relative à l'impartialité d'un juge, ont énoncé : « *La Cour de cassation décide en effet, en matière judiciaire, que "le fait que la position du juge sur une question de droit qui lui est soumise soit prévisible, n'est pas de nature à remettre en cause son impartialité". L'arbitre est un juge et il n'existe aucune raison valable de ne pas transposer cette solution à l'arbitrage* »¹⁰⁰⁰. Autrement dit pour ces auteurs, les solutions rendues en matière d'impartialité du juge sont transposables à l'arbitre. Si la transposition est possible, c'est que nécessairement, dans l'esprit de ces auteurs, l'impartialité est une notion qui doit être appréhendée de manière similaire, qu'elle s'applique aux juges ou aux arbitres.

268. Enfin, les différences constatées entre l'impartialité du juge et celle de l'arbitre peuvent être nuancées. Elles tiennent principalement à ce que l'impartialité de l'arbitre est essentiellement subjective, tandis que celle du juge comporte un aspect subjectif et un aspect objectif. Or, on pourrait tout à fait imaginer que la question de l'impartialité de l'arbitre se pose également de manière objective, en particulier lorsque l'arbitre a connu du litige ou d'un litige connexe dans un arbitrage antérieur¹⁰⁰¹. Même si la situation est plus rare qu'en matière de justice étatique, elle pourrait trouver à s'appliquer. Il pourrait alors y avoir une forme d'impartialité objective qui s'opposerait à ce que l'arbitre connaisse du même litige une nouvelle fois¹⁰⁰².

¹⁰⁰⁰ C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, note de bas de page n°80, p.663 ; pour une assimilation, v° aussi T. CLAY, *L'arbitre, op. cit.*, n°831-834, p.637-639.

¹⁰⁰¹ En ce sens, v° P. FOUCHARD, *Encyclopédie JurisClasseur Droit international*, v° Fasc. 586-7-3, *op. cit.*, n°26 ; C. REYMOND, « Des connaissances personnelles de l'arbitre à son information privilégiée. Réflexions sur quelques arrêts récents », *Rev. arb.*, 1991, p. 3 et s. ; M. BEDJAOUÏ, « Des fortes vérités de Cassandre aux modestes correctifs de Némésis », in *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Suisse, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 385 et s..

¹⁰⁰² La question s'est posée dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt de la Cour de cassation : Civ. 1^e, 2 décembre 2015, n°14-25.147, *Bull I*, n°841. Dans cette affaire, il a toutefois été jugé que l'arbitre n'était pas partial, dès lors que la première instance arbitrale opposant les parties portait sur le bien-fondé de la

269. Au-delà des différences de contenu propres au fonctionnement des justices étatique et arbitrale dans lesquelles elles s'inscrivent, les obligations d'impartialité pesant sur le juge et sur l'arbitre sont donc équivalentes. L'obligation d'impartialité de l'arbitre doit donc être rattachée à sa fonction juridictionnelle, parce qu'elle trouve son équivalent dans les obligations du juge.

En conclusion, l'indépendance et l'impartialité sont des obligations qui, en dépit des différences de contenus, sont équivalentes en ce qu'elles recouvrent en réalité des finalités identiques. L'une comme l'autre doivent donc être rattachées à la fonction juridictionnelle de l'arbitre¹⁰⁰³. Autrement dit, une différence minime de contenu entre les obligations du juge et celles de l'arbitre ne doit pas nécessairement conduire à appliquer le critère de la comparaison dans son aspect négatif : en présence d'obligations de même dénomination et de contenu équivalent, si ce n'est strictement identique, le critère de la comparaison doit jouer dans son versant positif et conduire à rattacher l'obligation de l'arbitre à sa fonction juridictionnelle. L'équivalence, au sujet des obligations d'indépendance et d'impartialité, tient à la finalité commune poursuivie par ces obligations.

Le même constat s'impose au sujet de l'obligation de trancher le litige en respectant les règles applicables.

B) L'obligation de trancher le litige dans le respect des règles applicables

résiliation d'un contrat de prêt, tandis que la seconde instance portait sur les questions, distinctes, de la régularité du cautionnement et de l'existence d'une obligation de donner une caution valable.

¹⁰⁰³ En ce sens, Monsieur Mouralis a énoncé : « Les exigences d'indépendance et d'impartialité sont de l'essence même de la fonction arbitrale parce que c'est une fonction juridictionnelle » (D. MOURALIS, « Les exigences d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre », *op. cit.*). Par ces mots, cet auteur témoigne, lui aussi, du rattachement des obligations d'indépendance et d'impartialité à la fonction juridictionnelle de l'arbitre. Dans le même sens v° P. CHEVALIER, « Impartialité de l'arbitre, étendue de son obligation de révélation et promptitude des parties à agir », *op. cit.* ; E. LOQUIN, Encyclopédie JurisClasser Procédure civile, v° Fasc. 1015, *op. cit.*, n°19 et s., qui présente les obligations d'indépendance et d'impartialité comme étant fondées sur la fonction juridictionnelle de l'arbitre ; P. FOUCHARD, Encyclopédie JurisClasser Droit international, v° Fasc. 586-7-3, *op. cit.*, n°10 et s., qui les présente sous la qualification « Arbitre-juge », laissant tout aussi clairement entendre que ces obligations se rattachent à la fonction juridictionnelle de l'arbitre.

270. La question des règles de droit applicables est régie, en partie au moins, par la maxime latine « *da mihi factum, tibi dabo jus* »¹⁰⁰⁴. Selon cette dernière, s'il appartient aux parties de donner le fait, il revient aux juges de donner le droit¹⁰⁰⁵. L'article 12 du Code de procédure civile se fait l'écho¹⁰⁰⁶ de ce principe en précisant les contours de l'office du juge. Ce dernier doit ainsi « *tranche[r] le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* ». Cet article est donc le siège de ce qui forme le cœur de la mission juridictionnelle du juge. En ce sens, Monsieur Colson a pu écrire : « *Dans la tradition juridique française, le juge est décrit comme un rouage accomplissant, dans ses décisions individuelles, les plans dressés par le législateur. Les traités médiévaux l'attestent, qui voient dans l'office du magistrat une charge toute entière orientée vers la mise en œuvre des lois et, aujourd'hui encore, les images savantes du droit portent la marque de cette conception* »¹⁰⁰⁷.

Cette courte présentation montre l'importance de l'application du droit dans l'exercice de la fonction juridictionnelle du juge. Aussi, s'il était démontré qu'il appartient à l'arbitre de procéder de la même manière que le juge, l'obligation de respecter les règles de droit applicables au litige se rattacherait naturellement à la responsabilité juridictionnelle de l'arbitre, par application du critère de la comparaison. Or, ce rattachement n'est pas évident : certes, le juge et l'arbitre sont tenus d'une obligation de même dénomination consistant à trancher le litige en faisant application des règles de droit (1). Cependant, le contenu de cette obligation varie entre le juge et l'arbitre. Là encore, les différences de contenu devront toutefois être dépassées car les obligations sont en réalité équivalentes (2).

¹⁰⁰⁴ Madame Weiller considère que les rédacteurs du Code de procédure civile ont consacré l'adage *da mihi factum, tibi dabo jus*, sans pour autant lui donner une portée absolue (L. WEILLER, *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, v° Principes directeurs du procès, 2016, spé. n°165). V° aussi en ce sens F. FERRAND, *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, v° Preuve, 2013, spé. n°108.

¹⁰⁰⁵ C. BLERY, N. REICHLING, *Encyclopédie JurisClasser Procédure civile*, v° Fasc. 500-35 : Principes directeurs du procès. Office du juge. Fondement des prétentions litigieuses, 2020, spé. n°1 à 7 ; J. BORE, « *Da mihi factum, dabo tibi jus*, Une philosophie du procès toujours d'actualité ? », *JCP G*, 2009, p.319.

¹⁰⁰⁶ La maxime *Da mihi factum, dabo tibi jus*, comprise dans un sens strict et archaïque, pourrait conduire à une répartition très précise des rôles du juge ou de l'arbitre d'une part et des parties d'autre part. Un auteur a contesté cette approche trop « caricaturale » en énonçant que si l'on s'en tenait à cette approche trop manichéenne suivant laquelle les parties ne se préoccuperaient que des faits et l'arbitre que du droit, alors ce dernier « *pourrait faire usage d'une parole ancestrale : "Avocats, passez aux faits, la cour sait le droit"* » (C. CHAINAIS, « L'arbitre, le droit et la contradiction : l'office du juge arbitral à la recherche de son point d'équilibre », *Rev. arb.*, 2010, p.3 et s., spé. p.12). Nous souscrivons à cette analyse qui dénonce une répartition trop tranchée entre le droit et le fait. C'est la raison pour laquelle l'article 12 du Code de procédure civile ne nous semble pas être une application littérale de l'adage *Da mihi factum, dabo tibi jus*, mais se contente d'en faire l'écho.

¹⁰⁰⁷ R. COLSON, *La fonction de juger : Étude historique et positive*, Presses Universitaires de la faculté de droit de Clermont Ferrand – LGDJ Fondation Varenne, spé. n°141, p.66.

1. Une dénomination identique

Le juge (a) et l'arbitre (b) sont tous les deux tenus d'une obligation présentant une dénomination identique : trancher le litige en faisant application des règles de droit.

a. L'obligation faite au juge de statuer conformément aux règles de droit

271. Pour le juge, l'obligation de statuer conformément aux règles de droit repose sur l'article 12 du Code de procédure civile¹⁰⁰⁸. Ce texte prévoit la manière dont le juge doit statuer. Ainsi, l'alinéa 1^{er} impose au juge de trancher le litige « *conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* ». Cet alinéa est la meilleure illustration du principe de juridiction suivant lequel le juge peut dire le droit et préciser ses conditions d'exercice. Cette obligation qui est faite aux juges est contrôlée. En effet, l'article 604 du Code de procédure civile définit le pourvoi en cassation comme le recours qui « *tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit* »¹⁰⁰⁹. Dès lors, aucun doute n'est permis : le juge est tenu de statuer en faisant application des règles de droit applicables au litige qui lui est soumis. Tel est le cœur de sa mission juridictionnelle. Il peut néanmoins, quand les parties en auront exprimé le choix, et dans certaines conditions, statuer en amiable compositeur, conformément à l'alinéa 4 de l'article 12 du Code de procédure civile¹⁰¹⁰. Autrement dit, il doit, par principe, appliquer les règles de droit mais peut, par exception, statuer en amiable compositeur, c'est-à-dire en suivant les préceptes qu'impose l'équité¹⁰¹¹.

Cette obligation s'impose également à l'arbitre.

¹⁰⁰⁸ Pour une présentation de l'article 12 du Code de procédure civile comme étant le siège des règles régissant l'office du juge, v° L. WEILLER, *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, v° Principes directeurs du procès, 2016, spé. n°165 et s.

¹⁰⁰⁹ Article 604 du Code de procédure civile.

¹⁰¹⁰ L'article 12, alinéa 4, du Code de procédure civile énonce : « Le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé ».

¹⁰¹¹ Il faut entendre équité comme un synonyme d'amiable composition (en ce sens, v° L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, coll. Manuels, 10^e édition, 2017, spé. n°545, p. 472). Si certains ont pu distinguer l'équité et l'amiable composition, telle n'est pas la position des juridictions françaises (en ce sens, v° Paris, 15 mars 1984, *Rev. arb.*, 1985, p. 285, note P. BELLET ; Paris, 6 mai 1988, *Rev. arb.*, 1989, p. 83, note E. LOQUIN) derrière lesquelles nous nous rangeons ici (pour une présentation de ce débat, v° E. GAILLARD, *Encyclopédie JurisClasseur Droit international*, v° Fasc. 586-9-1 : Arbitrage commercial international. Sentence arbitrale. Droit applicable au fond du litige, 1996, spé. n°83).

b. L'obligation faite à l'arbitre de statuer conformément aux règles de droit

272. L'arbitre, comme le juge, doit statuer en observant les règles de droit applicables au litige ou, si les parties l'ont souhaité, en se fondant sur l'équité, en amiable compositeur. Cette obligation s'impose tant dans l'arbitrage interne que dans l'arbitrage international.

273. En matière d'arbitrage interne, l'office de l'arbitre est notamment prévu par l'article 1464 du Code de procédure civile, que l'on trouve dans le chapitre III, relatif à l'instance arbitrale. Ce texte soumet les arbitres internes à la nécessité de respecter certains principes directeurs du procès. En son alinéa 2, il énonce : « *Toutefois, sont toujours applicables les principes directeurs du procès énoncés aux articles 4 à 10, au premier alinéa de l'article 11, aux deuxième et troisième alinéas de l'article 12 et aux articles 13 à 21, 23 et 23-1* »¹⁰¹². Le renvoi aux alinéas 2 et 3 de l'article 12 du Code de procédure civile¹⁰¹³ implique donc que l'arbitre interne, comme le juge, « *doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée* »¹⁰¹⁴ mais qu'il ne peut toutefois « *changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat* »¹⁰¹⁵.

En revanche, l'article 1464 ne renvoie pas aux alinéas 1^{er} et 4 de l'article 12 du Code de procédure civile, lesquels imposent au juge d'appliquer les règles de droit idoines et lui ouvrent la possibilité de statuer en équité si les parties le lui ont demandé, une fois le litige né. Sur ces deux points, l'article 1478 du Code de procédure civile pose une règle propre à l'arbitrage interne. Ce texte prévoit que « *le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que les parties lui aient confié la mission de statuer en amiable composition* ». Il constitue donc le support juridique de la

¹⁰¹² Article 1464, alinéa 2, du Code de procédure civile dans sa rédaction issue du décret n°2011-48 du 13 janvier 2011.

¹⁰¹³ Ce renvoi est une nouveauté du décret n°2011-48 du 13 janvier 2011. Antérieurement à ce décret, c'était l'article 1460 du Code de procédure civile l'article du Code de procédure civile qui opérait par renvoi aux principes fondamentaux du procès. Toutefois, ce texte, qui renvoyait « *aux articles 4 à 10, 11 (alinéa 1) et 13 à 21* », ne visait pas les alinéas 2 et 3 de l'article 12 du Code de procédure civile.

¹⁰¹⁴ Article 12, alinéa 2, du Code de procédure civile.

¹⁰¹⁵ Article 12, alinéa 3, du Code de procédure civile.

mission de l'arbitre : il détermine le cœur de l'office de l'arbitre en dictant la manière dont ce dernier doit apporter une solution au litige que les parties lui ont soumis. L'article 1478 du Code de procédure civile est donc à l'arbitre ce que l'article 12, alinéa 1^{er} et alinéa 4, du Code de procédure civile est au juge.

L'office de l'arbitre interne se dessine donc sur le fondement cumulé des articles 1464 et 1478 du Code de procédure civile, lesquels lui imposent de juger en faisant application des règles de droit, ou de l'équité si les parties lui ont confié une telle mission. Son obligation se présente alors de la même façon que celle du juge.

274. En matière d'arbitrage international, l'office de l'arbitre est régi par des dispositions propres que l'on trouve aux articles 1504 et suivants du Code de procédure civile. Précisément, en ce qui concerne la manière dont il doit trancher le litige, la réponse est apportée par l'article 1511 du Code de procédure civile¹⁰¹⁶. Cet article dispose : « *le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées* ». En la matière, le droit français s'est montré libéral pour éviter que les arbitres, si leur influence le permet, n'invitent les parties à ne pas choisir la France comme siège de l'arbitrage et donc le droit français pour régir l'arbitrage¹⁰¹⁷. Parallèlement à ce texte, l'article 1512 du Code de procédure civile¹⁰¹⁸ soumet l'arbitre international à une obligation de statuer en amiable compositeur lorsque les parties lui ont imposé cette obligation.

Il ressort de ces textes que l'arbitre international tranche le litige en faisant application des règles de droit sauf à ce que les parties lui aient confié la mission de statuer en amiable compositeur. Son obligation se présente donc de la même façon que celle qui s'impose à l'arbitre interne et au juge. Le contenu de cette obligation diffère

¹⁰¹⁶ Anciennement, la question était régie « *quasi à l'identique* » par l'article 1496 du Code de procédure civile qui, en son alinéa 1^{er}, énonçait : « *L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ; à défaut d'un tel choix, conformément à celles qu'il estime appropriées* ». Pour une présentation de ce texte, v° P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *op. cit.*, n°1537 et s., p. 879 et s. ; T. CLAY, *Code de l'arbitrage commenté, op. cit.*, commentaire sous l'article 1511 du Code de procédure civile.

¹⁰¹⁷ Monsieur Cohen rappelle que derrière l'arbitrage il est des enjeux liés à la notion de « *marché du droit* » qui font que si la France veut attirer les arbitrages, elle doit se montrer libérale en matière d'arbitrage interne (D. COHEN, « *Indépendance des arbitres et conflits d'intérêts* », *op. cit.*, n°6, p.615).

¹⁰¹⁸ L'article 1512 du Code de procédure civile, dans sa rédaction issue du décret du 13 janvier 2011, énonce : « *Le tribunal arbitral statue en amiable composition si les parties lui ont confié cette mission* ».

cependant quelque peu entre le juge et l'arbitre. Pour autant, l'obligation de l'un et l'autre peut être perçue comme équivalente.

2. *Un contenu différent mais équivalent*

L'obligation de trancher le litige en faisant application des règles de droit ou d'équité présente des différences de contenu selon qu'elle s'impose au juge ou à l'arbitre (a). Au-delà de ces différences, les obligations se rapprochent néanmoins et peuvent être considérées comme équivalentes (b), ce qui conduira à rattacher cette obligation de l'arbitre à sa fonction juridictionnelle.

a. Les différences de contenu

275. Pour le juge, les choses sont précisées par l'article 12 du Code de procédure civile. L'alinéa 1^{er} de ce texte prévoit le principe de juridiction qui impose aux juges de trancher le litige à l'aide des « *règles de droit qui lui sont applicables* ». Ce principe implique deux conséquences

D'une part, il interdit au juge de trancher le litige en se fondant sur autre chose que les règles de droit. Il ne peut donc pas, en principe, statuer en se fondant sur l'équité, sauf à ce que les parties lui confient une telle mission. Cette hypothèse reste toutefois restreinte : l'application de l'équité par le juge¹⁰¹⁹ est très encadrée¹⁰²⁰. En effet, le juge ne peut statuer comme amiable compositeur que si trois conditions cumulatives sont respectées. D'abord, il ne peut être amiable compositeur que si les droits en cause sont disponibles. Ensuite, les parties doivent avoir donné leur accord exprès pour l'application de l'équité¹⁰²¹. Enfin, les parties ne peuvent y consentir qu'une fois que le litige est né¹⁰²².

¹⁰¹⁹ Pour une étude exhaustive de l'amiable composition judiciaire, v° J.-P. BROUILLAUD, *Le juge amiable compositeur*, Thèse dactylographiée, Paris I, 1999.

¹⁰²⁰ En ce sens, v° Y.-M. SERINET, « Les très strictes conditions de l'amiable composition judiciaire », *JCP G*, 1997, II, 22835, note sous Soc., 20 mars 1996, n°93-19.471, *Bull V*, n°104 ;

¹⁰²¹ Com., 10 juillet 2001, n°97-21.648 ; pour un rappel de ces deux premières conditions, v° Soc., 20 mars 1996, préc.

¹⁰²² En ce sens, v° L. WEILLER, *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, v° Principes directeurs du procès, 2016, spé. n°269 et 271 ; L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privée*, op. cit., spé. n°539, p.522.

D'autre part, le principe de juridiction veut que le juge recoure à la « règle applicable »¹⁰²³ : il n'a aucune marge de manœuvre quant à la règle qu'il peut appliquer. Sa mission est enserrée, il n'a donc aucune liberté. Monsieur Loquin souligne que « le juge étatique est tenu de juger conformément au droit en raison de son office. Le respect de la règle de droit s'impose au juge étatique, car il a reçu délégation de l'État de dire le droit, de le "garder". Autrement dit, c'est l'ordre de la loi qui impose au juge l'obligation de juger conformément au droit »¹⁰²⁴. Ce faisant Monsieur Loquin rappelle ce qu'avait déjà montré Henry Motulsky lorsqu'il énonçait « le juge est tenu d'appliquer la loi parce qu'elle est la loi, et non pas parce qu'elle est d'ordre public »¹⁰²⁵. C'est la loi qui ordonne au juge, et qui le lie. Cette obligation de trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables impose au juge non seulement de préciser le fondement juridique de la décision qu'il prend¹⁰²⁶, mais aussi de choisir lui-même la règle appropriée lorsque les parties n'ont pas précisé le fondement de leur demande¹⁰²⁷, de procéder à la requalification des faits ou actes litigieux, sans s'arrêter à la dénomination qu'en ont proposé les parties¹⁰²⁸, voire de relever d'office l'application de certaines règles de droit¹⁰²⁹. Cela ressort de l'interprétation jurisprudentielle de l'article 12, alinéa 3, du Code de procédure civile, qui interdit au juge de « changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat ». Autrement dit, le juge est tenu d'appliquer la règle de droit choisie par les parties, lorsque celles-ci se voient reconnaître une telle liberté de choix. A

¹⁰²³ Cette règle pourra avoir été dite applicable par la volonté des parties qui auront lié le juge sur son application, conformément à l'article 12, alinéa 3, du Code de procédure civile.

¹⁰²⁴ E. LOQUIN, *Encyclopédie JurisClasseur Procédure civile*, v° Fasc. 1038 : Arbitrage. Instance arbitrale. Arbitrage de droit et amiable composition, 2018, spé. n°3.

¹⁰²⁵ H. MOTULSKY, « L'évolution récente de la condition de la loi étrangère en France », in *Écrits. Tome 3 : Études et notes de droit international privé* (H. MOTULSKY), Dalloz, 1978, p. 125 et s., spé. p. 132.

¹⁰²⁶ En ce sens, v° par ex. Civ. 2^e, 6 février 2020, n°19-10.892 ; Civ. 2^e, 24 octobre 2019, n°18-19.745 ; Com., 2 octobre 2019, n°17-14.423.

¹⁰²⁷ V° notam. Com., 7 mai 2019, n°17-29.013 et 17-29.004 ; Civ. 3^e, 21 juin 2018, n°17-21.070 ; Com., 1^{er} mars 2017, n°15-22.253 ; Civ. 3^e, 13 décembre 2011, n°10-18.037. Ces arrêts énoncent, au visa de l'article 12, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile, « qu'en l'absence de toute précision dans les écritures sur le fondement de la demande, les juges du fond doivent examiner les faits, sous tous leurs aspects juridiques, conformément aux règles de droit qui leur sont applicables ».

¹⁰²⁸ Cela ressort de l'article 12, alinéa 2, du Code de procédure civile.

¹⁰²⁹ À condition de respecter le principe du contradictoire en offrant aux parties la possibilité d'en débattre (v° notam. Civ. 1^{er}, 30 janvier 2020, n°19-23.639 ; Com., 10 janvier 2018, n°16-17.326). Ainsi, la Cour de cassation censure systématiquement les juges du fond qui ont relevé un moyen d'office sans inviter les parties à se prononcer sur ce point (v° par ex. Civ. 2^e, 27 février 2020, n°18-19.370 ; Civ. 3^e, 12 décembre 2019, n°18-16.325 ; Civ. 2^e, 17 octobre 2019, n°18-19.706 ; Soc., 20 septembre 2017, n°15-50.030 ; Civ. 2^e, 29 juin 2017, n°16-17.757).

contrario, le juge a la faculté de modifier le fondement juridique d'une demande lorsque les parties ne l'ont pas lié par un accord exprès en vue d'appliquer une règle donnée. Cette faculté se mue en obligation lorsque le juge se trouve en présence d'un moyen que la loi lui fait obligation de relever d'office¹⁰³⁰.

276. En matière internationale, le juge n'a guère plus de liberté, puisqu'il est également tenu de trancher le litige conformément au droit applicable. Pour cela, il doit procéder en deux temps : d'abord, déterminer la loi applicable ; ensuite, appliquer ladite loi. Dans les deux étapes, son office est particulièrement enserré.

La détermination de la loi applicable s'opère en principe suivant le droit français. Parce qu'il est rattaché à un for, le juge est tenu d'appliquer le droit de ce for : il doit faire usage d'une norme française pour déterminer la loi applicable au litige¹⁰³¹. Par principe, cette norme française sera une règle de conflit de loi. Autrement dit, la « règle de droit applicable » en matière internationale est, dans la plupart des situations¹⁰³², la règle de conflit de loi française¹⁰³³. Ce principe, cependant, n'est pas sans connaître des nuances. En effet, après avoir longtemps hésité¹⁰³⁴, la Cour de cassation considère dorénavant que la règle de conflit de loi est impérative dans les hypothèses où les droits

¹⁰³⁰ Depuis un arrêt d'assemblée plénière en date du 21 décembre 2007, la Cour de cassation retient que « si, parmi les principes directeurs du procès, l'article 12 du nouveau code de procédure civile oblige le juge à donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions, il ne lui fait pas obligation, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique de leurs demandes » (Ass. plén., 21 décembre 2007, n°06-11.343, *Bull AP*, n°10). Il s'agit donc pour le juge d'une simple faculté. Les « circonstances particulières » qui lui imposent de modifier le fondement juridique d'une demande sont les cas où la loi lui fait obligation de relever d'office un moyen de droit non expressément invoqué par les parties (en ce sens, v° le communiqué de la Cour de cassation relatif à l'arrêt du 21 décembre 2007).

¹⁰³¹ Il est des hypothèses dans lesquelles le juge devra, pour déterminer la loi applicable, faire application d'une règle de conflit de loi étrangère. On parle alors de renvoi. Dans ces situations, même si le juge a l'obligation d'appliquer la règle de conflit étrangère, il n'en demeure pas moins que la première règle qui s'impose au juge est la règle de conflit française (en ce sens v° P. MAYER, V. HEUZE, B. REMY, *Droit international privé*, LGDJ, coll. Précis Domat Droit privé, 12e édition, 2019, spé. n°223, p.163).

¹⁰³² Les méthodes concurrentes à la méthode savinienne ne trouvent à s'appliquer que dans les limites « ponctuelles » dans lesquelles les règles de conflit de loi ne s'appliquent pas (en ce sens, S. CLAVEL, *Droit international privé*, Dalloz, coll. Hypercours, 5e édition, 2018, spé. n°163, p.99).

¹⁰³³ En ce sens, v° S. CLAVEL, *op. cit.*, n°92, p.41.

¹⁰³⁴ P. GOTHOT, P. LAGARDE, *Répertoire de droit international*, Dalloz, v° Conflits de lois : principes généraux, 2006, spé. n°78 ; E. FOHRER-DEDEURWAERDER, *Encyclopédie JurisClasseur Civil Code*, v° Article 3, Fasc. 60 : Conflit de lois. Loi étrangère devant les juridictions françaises. Application d'office de la règle de conflit de lois. Établissement d'office du contenu de la loi étrangère, 2010, spé. n°17 ; H. SLIM, *Encyclopédie JurisClasseur Responsabilité civile et Assurances*, v° Fasc. 255-10 : Responsabilité civile délictuelle en droit international privé, 2016, spé. n°29 ; A. FRIGNATI, H. MUIR-WATT, *Répertoire de droit international*, Dalloz, v° Loi étrangère : autorité de la règle de conflits de lois, 2017, spé. n°29.

des parties sont indisponibles¹⁰³⁵ ou, pour les hypothèses de droits disponibles, lorsque les parties ont conclu un accord procédural¹⁰³⁶. Dans les autres cas, la règle de conflit de loi ne sera pas impérative : le juge n'est donc pas toujours tenu d'appliquer la règle de conflit de loi pour déterminer la loi applicable.

Ainsi, par exception, il est des hypothèses où la détermination de la loi applicable ne se fera pas par le biais de la règle de conflit de lois. Ce peut être le cas lorsque les droits sont disponibles ou encore lorsqu'une règle impérative ou une règle matérielle régit la situation en cause. D'abord, la détermination du droit applicable n'impliquera pas l'application d'une règle de conflit de loi lorsque sont en cause des droits disponibles. Dans ces situations, et lorsqu'aucune des parties n'invoque¹⁰³⁷ un droit étranger¹⁰³⁸, le juge, sauf à ce qu'il décide de relever d'office l'application de la règle de conflit de loi, tranche le litige en appliquant directement la loi française¹⁰³⁹, ou en cas d'accord procédural par les parties, la loi choisie par ces dernières¹⁰⁴⁰. Ensuite, dans certaines hypothèses dans lesquelles il existe une règle matérielle ou une règle impérative, cette règle trouvera à s'appliquer directement, sans passer par le détour de la règle savignienne. Il en va ainsi des lois de police¹⁰⁴¹, qui sont d'application impérative et ne laissent donc au juge aucun autre choix que de les appliquer¹⁰⁴². Il en va également ainsi des règles matérielles du droit international privé¹⁰⁴³ qui sont soit d'application impérative et s'imposent donc en tout état de cause, soit d'application supplétive, auquel cas elles ne s'appliquent directement qu'à défaut de volonté contraire des parties¹⁰⁴⁴.

¹⁰³⁵ Civ. 1^e, 11 octobre 1988, n°87-11.198, *Bull I*, n°278 ; Civ. 1^e, 18 octobre 1988, n°8616.631, *Bull I*, n°293 ; Civ. 1^e, 26 mai 1999, n°97-16.684, *Bull I*, n°174. *Adde* en ce sens A. FRIGNATI, H. MUIR-WATT, *op. cit.*, n°56 ; P. GOTHOT, P. LAGARDE, *op. cit.*, n°78 ; D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé, Tome I : Partie générale*, PUF, coll. Thémis Droit, 4^e édition, 2017, spé. n°366, p.436 ; P. MAYER, V. HEUZE, B. REMY, *Droit international privé*, LGDJ, coll. Précis Domat, 12^e édition, 2019, spé. n°152, p.125 ; B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, Économica, 7^e édition, 2013, spé. n°325-326, p.297 et s..

¹⁰³⁶ Civ. 1^e, 19 avril 1988, n°85-18.715, *Bull I*, n°104 ; n°95-15.309, *Bull I*, n°140.

¹⁰³⁷ Sur cette notion d'invocation d'un droit étranger par une partie, v° Civ. 1^e, 28 janvier 2003, n°00-12.976 ; Com., 6 décembre 2017, n°16-15.674.

¹⁰³⁸ En ce sens, v° Civ. 1^e, 31 mai 2005, n°03-11.136, *Bull I*, n°232 ; Com., 22 janvier 2008, n°06-18.822 ; S. CLAVEL, *op. cit.*, n°160, p. 67.

¹⁰³⁹ Civ. 1^e, 26 mai 1999, n°96-16.361, *Bull I*, n°172 ; Civ. 1^e, 11 février 2009, n°07-13.088, *Bull I*, n°28.

¹⁰⁴⁰ En ce sens, v° S. CLAVEL, *op. cit.*, n°152-155, p.65-67.

¹⁰⁴¹ Les lois de police peuvent être définies comme des lois « dont l'observation a été jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociales ou économique de l'Etat, au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci » (CJCE, 23 novembre 1999, *Arblade*, affaire C-369/96 et C-376/96).

¹⁰⁴² En ce sens, v° S. CLAVEL, *op. cit.*, n°177, p.104.

¹⁰⁴³ Par règles matérielles, on entend « un ensemble de règles substantielles, qui ont été spécifiquement définies en considération des situations juridiques internationales, et qui ne sont en principe destinées à s'appliquer qu'à ces dernières » (S. CLAVEL, *op. cit.*, n°190 p.112).

¹⁰⁴⁴ En ce sens, v° S. CLAVEL, *op. cit.*, n°194, p.114.

Quant à la règle de fond désignée comme applicable, le juge est également enfermé dans un certain nombre de contraintes. En effet, il ne peut appliquer au fond du litige une règle anationale, ou issue, au sens le plus large du terme, de la *lex mercatoria*¹⁰⁴⁵. Il doit nécessairement appliquer une loi nationale.

Il apparaît alors que, pour le juge, la détermination des règles de droit applicables en matière internationale n'implique pas toujours un même processus ; il dispose en cette matière d'une latitude plus ou moins grande pour identifier la règle applicable. En revanche, il a toujours l'obligation de trancher le litige suivant la règle applicable, sous peine de méconnaître son office. C'est simplement le processus de choix de la règle applicable qui peut varier d'une situation à l'autre.

277. Pour les arbitres, aucun texte ne fait précisément état d'une obligation d'appliquer le droit « applicable ». En effet, en matière d'arbitrage interne, l'article 1478 du Code de procédure civile se contente d'énoncer que « *Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit* », là où l'article 12, alinéa 1^{er}, oblige le juge à trancher le litige « *conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* ». Cette différence de formulation interroge, quant à sa portée pratique. On sait, en effet, que l'article 1464 du Code de procédure civile ne rend applicables à l'arbitrage que les alinéas 2 et 3 de l'article 12 du même Code. Le premier de ces alinéas impose au juge, donc à l'arbitre interne, de restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux, tandis que le second leur fait interdiction de modifier la dénomination ou le fondement juridique d'une demande lorsque les parties ont expressément circonscrit le débat à ces qualifications ou points de droit, ce qu'elles ont la faculté de faire avec les droits dont

¹⁰⁴⁵ Le règlement de Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles ne permet pas aux parties, et donc au juge, de choisir comme règle applicable à l'ensemble du contrat, une règle anationale (en ce sens, v° S. CORNELOUP, « La loi applicable aux obligations contractuelles. Transformation de la Convention de Rome en règlement communautaire "Rome I" », *JCP G*, 2008, I, 205, spé. n°14 ; H. KENFACK, « Le règlement (CE) n°593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), navire stable aux instruments efficaces de navigation ? », *Journal du droit international (Clunet)*, 2009, n°1, p.1 et s. ; M. LATINA, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, v° Contrat : généralités, 2017, spé. n°93). En sens, inverse, considérant qu' « *il est difficile de penser que la jurisprudence française dans son ensemble, si ouverte aux nécessités du commerce international et si audacieuse dans l'élaboration de règles matérielles, notamment en matière d'arbitrage international, puisse demeurer insensible à l'évolution qui continue de se dessiner* » et ainsi continuer à s'opposer à l'application des usages du commerce international, notamment la *lex mercatoria*, v° J.-M. JACQUET, *Répertoire de droit international*, v° Contrats, 1998, n°62.

elles ont la libre disposition. En l'absence de volonté exprimée par les parties pour imposer l'application d'une qualification ou d'une règle donnée, la question se pose donc de savoir quelles sont les « *règles de droit* » que l'arbitre doit appliquer. A-t-il le choix de la règle qu'il estime la plus appropriée, comme en matière d'arbitrage international¹⁰⁴⁶ ? Doit-il, comme le juge, faire application des règles de droit qui se veulent applicables au litige, de par leur champ et conditions d'application ? Mais alors, s'il est tenu d'appliquer les mêmes règles que celles qui s'imposent au juge, pourquoi l'article 1464 ne renvoie-t-il pas à l'alinéa premier de l'article 12 du Code de procédure civile ? Ces éléments ne trouvent pas de réponse dans la loi, de sorte que la différence de formulation des règles pourrait tout à fait induire une différence de contenu : l'arbitre pourrait être amené à appliquer des règles de droit dont l'application est dictée par une autre source que la loi elle-même. L'office de l'arbitre pourrait ainsi se dessiner différemment de l'office du juge, quant à l'identification des règles de droit qui doivent s'appliquer au litige.

Cette différence de formulation entre les obligations du juge et de l'arbitre se retrouve également lorsqu'il s'agit pour l'arbitre de trancher le litige en amiable compositeur. En effet, l'application des règles d'équité par l'arbitre est beaucoup moins encadrée que lorsqu'elle est opérée par le juge. En matière arbitrale, il suffit que les parties aient imposé à l'arbitre de statuer en amiable compositeur. Aucune autre condition, tenant à la disponibilité des droits, ou au moment où les parties ont exprimé ce choix, ne trouve à s'appliquer pour l'arbitre interne. Le choix des parties peut même s'exprimer de manière indirecte, lorsque les parties ont placé leur arbitrage sous l'égide d'une institution dont le règlement prévoit que le tribunal arbitral statuera en amiable compositeur¹⁰⁴⁷. On le voit, l'office du juge apparaît comme beaucoup plus encadré que l'office de l'arbitre du fait que le premier est institué par la loi et le second par la volonté des parties.

278. En matière d'arbitrage international, l'article 1511, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile formule l'obligation de l'arbitre avec encore plus de souplesse que dans l'arbitrage interne puisqu'il énonce que « *le tribunal arbitral tranche le litige*

¹⁰⁴⁶ Sur ce point, v° *infra*, n°278.

¹⁰⁴⁷ Tel est par exemple le cas du règlement d'arbitrage du Centre Français d'Arbitrage de Réassurance et d'Assurance, le « CEFAREA », qui prévoit, en son article 28.3, que les arbitres statuent comme amiables compositeurs sauf volonté contraire des parties.

conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées ». Ce texte, qui prévoit les règles que l'arbitre doit appliquer au fond du litige dans le cadre d'un arbitrage international, offre une très grande liberté à l'arbitre dans l'hypothèse où les parties n'ont pas choisi la règle applicable à leur litige : l'arbitre peut alors appliquer les règles qu'il estime appropriées.

Il est donc clair que l'arbitre international, à la différence du juge, n'est jamais enserré dans l'exercice de sa mission par l'application d'une règle qui s'impose à lui, qu'il s'agisse d'une règle de conflit de lois, d'une règle impérative ou encore d'une règle matérielle. Cette différence, qui est la marque de la grande liberté qui irrigue l'arbitrage international¹⁰⁴⁸, a pour effet de placer l'office de l'arbitre international sous un principe de liberté. Certains ont même évoqué « *une liberté absolue* »¹⁰⁴⁹. Dans le silence des parties, ou lorsque ces dernières ne sont pas d'accord sur la loi à appliquer¹⁰⁵⁰, l'arbitre international peut donc opérer à sa guise¹⁰⁵¹, là où le juge est extrêmement guidé. Cette liberté va jusqu'à autoriser l'arbitre à opérer par la méthode de la « *voie directe* »¹⁰⁵².

¹⁰⁴⁸ En ce sens, v° T. CLAY, *Code de l'arbitrage commenté, op. cit.*, commentaire sous l'article 1511 du Code de procédure civile ; C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°877 p.798, soulignant que l'article 1511 du Code de procédure civile « *affirme ainsi de façon solennelle une liberté qui est, au demeurant, peut-être évidente dans l'arbitrage international* ».

¹⁰⁴⁹ En ce sens, v° P. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, n°1537, 1554 et 1557. D'autres auteurs y voient seulement « *une grande liberté* » (C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°884 p.805). D'autres encore préfèrent évoquer une souveraineté de l'arbitre en cette matière : « *les arbitres sont souverains pour déterminer les règles applicables au fond sous réserve de ne pas dénaturer la volonté des parties exprimée dans le contrat* » (C. LEGROS, *Rev. arb.*, 2001, p.559, note sous CA Paris, 25 octobre 2000 et 24 mai 2000) ou évoquent une règle « *peu contraignante à l'égard de l'arbitre* » (J.-M. JACQUET, P. DELEBECQUE, S. CORNELOUP, *Droit du commerce international*, Dalloz, coll. Précis, 3^e édition, 2014, spé. n°1145, p.899). Cette liberté a d'ailleurs conduit la Cour de cassation à considérer que le juge de la nullité de la sentence ne peut pas « *contrôler les conditions de détermination et de mise en œuvre par l'arbitre de la règle de droit retenue* » (Civ. 1^e, 22 octobre 1991, n°89-21.528, *Bull I*, n°275). Cette décision a été accueillie chaleureusement par Monsieur Oppetit (B. OPPETIT, « *Contrôle du juge sur le droit appliqué par l'arbitre* », *RCDIP*, 1992, p.113).

¹⁰⁵⁰ V° par ex. Sentence partielle CCI n°5953 (1988), *Rev. arb.*, 1990, spé. p.701 et s. ; Sentence préliminaire CCI n°4710/1984 CCI n°4710 (1984), *ASA Bulletin*, Kluwer Law International, 1985, vol.3, p.65 et s..

¹⁰⁵¹ Messieurs Seraglini et Ortscheidt considèrent que la pratique arbitrale développe quatre méthodes pour désigner la loi applicable au fond du litige : « *l'application des règles de conflit de lois du siège du tribunal arbitral, celle des règles de conflit de lois du des pays intéressés au litige, le recours à des règles de conflit de source internationale, et la voie directe (...)* » (C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°886, p.806). Ils précisent d'ailleurs que souvent l'arbitre opérera par le truchement d'une méthode cumulative (cette méthode a été conceptualisée par Monsieur Derains : Y. DERAÏNS, « *L'application cumulative des systèmes de conflit de lois intéressés au litige* », *Rev. arb.*, 1972, p.99 et s.), consistant à faire application des règles de conflit de tous les systèmes ayant un lien de rattachement avec la situation en cause (en ce sens, v° C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°888, p.807 ; E. GAILLARD, *Encyclopédie JurisClasser Droit international*, v° Fasc. 586-9-1, *op. cit.*, n°128).

¹⁰⁵² En ce sens, v° CA Paris, 13 juillet 1989 *Compania Valenciana*, *Rev. arb.*, 1990, p.663. note P. LAGARDE.

Cette méthode, qui a actuellement les faveurs de la pratique arbitrale¹⁰⁵³, permet à l'arbitre de déterminer les règles applicables au fond du litige sans être tenu d'appliquer¹⁰⁵⁴ une règle de conflit de lois¹⁰⁵⁵ ou une règle unilatérale en particulier, et sans qu'il soit question de savoir si les droits des parties sont disponibles ou non. Il a notamment la possibilité, à l'inverse du juge, de faire application de règles issues des pratiques du commerce international, qu'on résume parfois sous le terme de *lex mercatoria*, par commodité¹⁰⁵⁶, c'est-à-dire qu'il peut trancher le litige en faisant application de règles, c'est-à-dire qu'il peut trancher le litige en faisant application de règles anationales¹⁰⁵⁷.

279. Plusieurs différences apparaissent donc entre l'office du juge et celui de l'arbitre. En matière interne, si le juge et l'arbitre sont tenus pareillement par la volonté des parties, sur le fondement de l'article 12, alinéa 3, du Code de procédure civile¹⁰⁵⁸, la désignation de la loi applicable à défaut d'accord des parties ne s'opère pas suivant la même formulation pour le juge et pour l'arbitre. En outre, l'amicable composition est ouverte beaucoup plus souplement en matière d'arbitrage qu'en matière de justice étatique.

En matière internationale, l'office du juge est pensé à travers le rattachement à l'ordre juridique auquel il appartient, tandis que l'office de l'arbitre international est

¹⁰⁵³ En ce sens, D. HASCHER, *Répertoire de droit international*, Dalloz, v° Arbitrage du commerce international, 2005, spé. n°146 ; C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°890, p. 808 ; C. JARROSSON, P. CALLE, *Répertoire de droit international*, Dalloz, v° Transaction, 2017, spé. n°26.

¹⁰⁵⁴ Certains auteurs soulignent qu'il pourrait être considéré que cette méthode dissimule la prise en compte d'une règle de conflit (en ce sens, v° E. GAILLARD, *Encyclopédie JurisClasseur Droit international*, v° Fasc. 586-9-1, *op. cit.*, n°134) ; C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°890, p. 809.

¹⁰⁵⁵ En ce sens, v° E. GAILLARD, *Encyclopédie JurisClasseur Droit international*, v° Fasc. 586-9-1, *op. cit.*, n°133 ; C. JARROSSON, J.-B. RACINE, *Encyclopédie JurisClasseur Commercial*, v° Fasc. 199 : Arbitrage commercial. Droit international, 2012, spé. n°48 ; C. JARROSSON, P. CALLÉ, *op. cit.*, n°26 ; D. HASCHER, *Répertoire de droit international*, Dalloz, v° Arbitrage du commerce international, 2005, spé. n°134 ; E. LOQUIN, « Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international », *Journal du droit international (Clunet)*, 1983, p.293 et s. ; C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°890, p. 808.

¹⁰⁵⁶ En ce sens, v° J.-M. JACQUET, *Répertoire de droit international*, Dalloz, v° Contrats, 1998, spé. n°60. Nous empruntons cette commodité de langage à Monsieur Jacquet car nous ne souhaitons pas entrer dans le débat de la détermination du contenu de la *lex mercatoria* qui est sans influence sur notre démonstration.

¹⁰⁵⁷ Relativement à ces règles anationales, v° C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°881, p.800-801.

¹⁰⁵⁸ Soulignant cette proximité, v° L. JANDARD, *op. cit.*, n°170, p.192 : après avoir rappelé le renvoi opéré par l'article 1464 du Code de procédure civile à l'article 12, alinéa 3, l'auteur énonce que « *Les litigants peuvent donc, par accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, lier l'arbitre sur certaines qualifications et points de droit* ».

pensé comme autonome de tout ordre juridique¹⁰⁵⁹ : l'arbitre n'a pas de *lex fori*¹⁰⁶⁰. Il en résulte une différence quant à la méthode de désignation des règles à mobiliser pour trancher le litige¹⁰⁶¹. L'arbitre dispose en effet d'une marge de manœuvre beaucoup plus grande pour déterminer la règle applicable au fond puisqu'il n'est pas tenu de raisonner par le biais d'une règle de conflit de lois, ni de faire application des règles impératives ou des règles matérielles. S'il choisit néanmoins de le faire, ce sera sur sa propre initiative, à défaut de volonté exprimée par les parties. Le juge français, quant à lui, devra déterminer la loi applicable en faisant application soit d'une règle de conflit française¹⁰⁶² soit d'une règle impérative ou matérielle française.

Cette différence quant à la désignation des règles à mobiliser se prolonge dans le choix des règles appliquées pour trancher le litige international au fond. En effet, en droit français de l'arbitrage international¹⁰⁶³, l'arbitre dispose d'un très large choix qui peut le conduire, soit en raison de la volonté des parties¹⁰⁶⁴, soit de son propre fait¹⁰⁶⁵, à recourir à des règles anationales, telles la *lex mercatoria* ou à l'équité¹⁰⁶⁶. Le juge, quant à lui, est toujours tenu d'appliquer des règles nationales, quelle que soit la méthode qui aboutit à leur désignation.

¹⁰⁵⁹ En ce sens, J.-B. RACINE, « Réflexion sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.*, 2005, p.305 et s..

¹⁰⁶⁰ P. LALIVE, « Les règles de conflit appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse », *Rev. arb.*, 1976, p.155 et s. ; F. EISEMANN, « La *lex fori* de l'arbitrage commercial international », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1977, n°34-36, p.189 et s..

¹⁰⁶¹ En ce sens, Messieurs Jacquet, Delebecque et Madame Corneloup ont énoncé : « les arbitres sont dans une situation originale par rapport aux juge étatiques. N'exprimant la justice au nom d'aucun Etat (et notamment pas de celui du siège de l'arbitrage, malgré le rôle que peut jouer la loi du siège), ils ne sont pas tenus d'appliquer une règle de conflit résultant d'une loi ou d'une convention internationale déterminée » (J.-M. JACQUET, P. DELEBECQUE, S. CORNELOUP, *op. cit.*, n°1145, p.898). Adde, C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°877, p.798.

¹⁰⁶² On rappellera que c'est par l'application de règles françaises que le juge peut appliquer le droit français en se dispensant d'appliquer la règle de conflits de loi lorsque les droits en cause sont disponibles et que les parties n'ont pas formé de pacte procédural ni invoqué un droit étranger On pourrait y voir une règle de conflit de loi qui rend la loi française applicable en cas de droit disponible et d'absence d'invocation d'un droit étranger par l'une des parties. Le juge est encore rattaché à son for.

¹⁰⁶³ Cette question est encore débattue dans certaines législations ; en ce sens, v° J.-F. POUURET, S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international, op. cit.*, n°698 et s., p.636 et s. ; C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°892, p.811.

¹⁰⁶⁴ C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°881 à 883, p.800 à 803 ; J.-M. JACQUET, P. DELEBECQUE, S. CORNELOUP, *op. cit.*, n°1146, p.899 ; P. GIRAUD, *op. cit.*, n°359, p.276.

¹⁰⁶⁵ CA Paris, 13 juillet 1989 *Compania Valenciana, Rev. arb.*, 1990, p.663. note P. LAGARDE ; Civ. 1^e, 22 octobre 1991, n°89-21.528, *Bull I*, n°275. Dans le même sens, J.-M. JACQUET, P. DELEBECQUE, S. CORNELOUP, *op. cit.*, n°1146, p.899.

¹⁰⁶⁶ En ce sens, v° article 1512 du Code de procédure civile.

280. Il existe une autre différence qui distingue les juges des arbitres, et elle tient dans le contrôle que connaissent leurs décisions respectives. En effet, les décisions des juges peuvent, par principe faire l'objet d'une voie de recours ordinaire, sauf à ce que la loi ne l'interdise ou que les parties y aient valablement renoncé, l'appel¹⁰⁶⁷ et toutes, qu'elles soient rendues en premier ressort ou en premier et dernier ressort, peuvent faire l'objet d'une voie de recours extraordinaire, le recours en Cassation. Ces recours sont différents, l'appel réformation¹⁰⁶⁸ a pour objet de procéder à une nouvelle analyse en droit et en fait de l'affaire tandis que le pourvoi en cassation est défini, par l'article 604 du Code de procédure civile, comme le recours qui « *tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit* ». Le juge du fond est donc contrôlé dans l'application qu'il fait des règles de droit.

Les arbitres, eux, par principe, ne peuvent voir leur sentence connaître d'aucun recours ayant pour objet de contrôler la manière avec laquelle ils ont fait application des règles de droit. En ce sens, ni la sentence interne, ni la sentence internationale¹⁰⁶⁹ ne peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation. Plus encore, la sentence internationale ne peut pas être frappée d'une voie de recours tendant à sa réformation, même si les parties en décidait ainsi¹⁰⁷⁰, à l'exception des hypothèses de fraude comme en dispose l'article 1506 5° du Code de procédure civile dans sa rédaction issue du décret du 13 janvier 2011. La sentence internationale ne peut donc que faire l'objet d'un recours en annulation¹⁰⁷¹. L'office du juge de ce recours n'est pas de contrôler la manière avec laquelle les arbitres ont fait application des règles pour trancher le litige mais de s'assurer que le dispositif de la sentence n'est pas contraire à l'ordre public international. L'arbitre international n'est donc, *a priori*, jamais contrôlé quant à la façon dont il a fait application des règles pour trancher le litige. L'arbitre interne, lui, le sera lorsque les parties auront conventionnellement prévu la possibilité de frapper d'appel réformation la sentence, comme l'article 1491 du Code de procédure civile le prévoit ou

¹⁰⁶⁷ En ce sens, v° article 543 du Code de procédure civile.

¹⁰⁶⁸ L'appel peut aussi être un appel nullité, conformément aux dispositions de l'article 542 du Code de procédure civile. Cet appel permet alors de faire annuler un jugement, comme le recours en annulation permet de faire annuler une sentence. (en ce sens, v° article 1491, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile pour l'arbitrage interne et l'article 1518 du Code de procédure civile, pour l'arbitrage international).

¹⁰⁶⁹ En ce sens, v° l'article 1506, 5° du Code de procédure civile.

¹⁰⁷⁰ L'article 1518 du Code de procédure civile empêche les parties de prévoir conventionnellement que la sentence fera l'objet d'un appel. Lorsque cette faculté a été prévue par le règlement d'arbitrage, la Cour de cassation considère que les mentions relatives à l'appel sont sans effet sans que cela n'affecte la convention d'arbitrage (en ce sens, v° Civ. 1^e, 13 mars 2007, n°04-10.970, *Bull I*, n°102).

¹⁰⁷¹ En ce sens, v° l'article 1518 du Code de procédure civile.

encore lorsqu'une personne agira en tierce opposition, conformément à l'article 1501 du Code de procédure civile ou encore en cas de fraude et donc de recours en révision tel que le prévoit l'article 1502, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile.

Tant l'office de l'arbitre interne que celui de l'arbitre international présentent donc des différences avec celui du juge. Ces différences doivent toutefois être dépassées.

b. L'équivalence des contenus

Les différences exposées précédemment doivent être dépassées car l'obligation de l'arbitre de trancher le litige dans le respect des règles applicables est en réalité équivalente à celle qui s'impose en juge. Cela se vérifie tant pour l'arbitre interne (α) qu'international (β).

α . L'équivalence entre les obligations du juge et de l'arbitre interne

281. On a montré que l'office de l'arbitre interne quant au principe de juridiction se différencie de l'office du juge sur trois points. D'une part, seul le juge est tenu de trancher le litige avec les « *règles de droit applicables* », tandis que l'arbitre doit simplement faire application des « *règles de droit* », ce qui laisse planer une incertitude sur le choix de l'arbitre quant aux règles à mettre en œuvre. D'autre part, la possibilité de statuer en amiable compositeur est plus restreinte pour le juge que pour l'arbitre. Enfin, la manière dont l'arbitre applique les règles pour trancher le litige est nettement moins contrôlée, du fait de la restriction des recours, que celle du juge. Ces différences ne suffisent cependant pas à considérer que l'arbitre est tenu d'une obligation distincte de celle du juge, qu'il s'agisse de recourir aux règles de droit ou à l'équité.

282. S'agissant des règles de droit, les différences de contenu entre les obligations de l'arbitre et celles du juge doivent être nuancées, pour deux raisons.

D'abord, la différence de formulation qui existe entre l'article 12, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile, et l'article 1478 du même Code ne semble pas impliquer une véritable différence pratique. En effet, si le législateur avait voulu conférer à l'arbitre interne la même liberté qu'à l'arbitre international, à savoir choisir les règles de droit qu'il estime appropriées, à défaut de choix imposé par les parties, il aurait pu formuler

l'office de l'arbitre interne à l'identique de celui de l'arbitre international. Une telle liberté a été expressément reconnue au seul arbitre international ; là où la loi distingue, il convient probablement de distinguer. De fait, une importante partie de la doctrine¹⁰⁷² estime que l'arbitre interne est tenu d'appliquer les mêmes règles que le juge. En ce sens, par exemple, Monsieur Clay, considère que l'article 1478 « *aurait pu faire l'objet d'un renvoi à l'article 12, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile, qu'elle répète mot pour mot* »¹⁰⁷³. Pour cet auteur, le Code de procédure civile « *rappelle que l'arbitre est avant tout un juge qui applique les règles de droit* »¹⁰⁷⁴. L'article 1478 serait donc l'exact équivalent, pour l'arbitre, de l'article 12 du Code de procédure civile, applicable au juge. Dans le même sens, Monsieur Loquin estime que « *Dans l'arbitrage interne, de la même manière que le juge étatique, l'arbitre tenu de statuer en droit doit appliquer le droit* » et que « *les pouvoirs des arbitres et des juges sont les mêmes à l'égard des règles de droit. Ceux-ci sont tenus à la fois d'appliquer les règles impératives, et les règles supplétives, dès lors que les parties n'ont pas écarté expressément ces dernières par des dispositions expresses contraires. Et l'arbitre comme le juge doit d'office mettre dans la cause les règles de droit pertinentes. Il doit, sauf clause d'amiable composition, dire le droit* »¹⁰⁷⁵. Simplement, pour cet auteur, si l'office de l'arbitre interne est identique à celui du juge, leurs obligations respectives ne reposent pas sur la même source : là où le juge tient sa fonction juridictionnelle de la loi, de son statut, l'arbitre, lui, la tient des parties. En conséquence, le devoir du juge d'appliquer le droit lui serait imposé par la loi, tandis que l'arbitre serait soumis à un devoir strictement identique, mais sur le fondement de la volonté des parties¹⁰⁷⁶. C'est ainsi que l'auteur explique l'absence de renvoi à l'article 12, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile, en matière d'arbitrage : « *Il n'est pas surprenant pour cette raison que l'article [1464] du code de procédure civile ne renvoie pas à l'article 12 du code de procédure civile. Il ne s'agit pas d'un oubli comme on l'affirme parfois (...).* »

¹⁰⁷² En ce sens, v° notam. L. JANDARD, *op. cit.*, n°170, p.92.

¹⁰⁷³ T. CLAY, *Code de l'arbitrage commenté, op. cit.*, commentaire sous l'article 1478 du Code de procédure civile.

¹⁰⁷⁴ Ibid.

¹⁰⁷⁵ E. LOQUIN, « De l'obligation faite au tribunal arbitral de faire discuter contradictoirement par les parties les moyens de droit qu'il introduit dans la cause », *RTD Com.*, 2010, p.545 et s.

¹⁰⁷⁶ Ibid. L'auteur souligne que « Dans l'arbitrage interne, de la même manière que le juge étatique, l'arbitre tenu de statuer en droit doit appliquer le droit. Cependant le fondement de son obligation est différent. Le devoir du juge d'appliquer le droit découle de son office. L'article 12 du code de procédure civile l'oblige « à juger conformément aux règles de droit qui lui sont applicables » et cela même si l'application de ces règles n'a pas été expressément requise par les parties. De là découle le devoir fait au juge de soulever d'office les règles de droit pertinentes et de les introduire dans la cause, si les parties négligent de le faire. L'arbitre, au contraire, tire cette obligation de la volonté des parties, même si l'article 1474 du code de procédure civile présume cette volonté ».

L'arbitre, juge privé, n'est pas tenu, du fait de la loi, d'appliquer d'office les règles de droit pertinentes, sauf celles qui sont d'ordre public et qui s'imposent à lui comme aux parties. (...). L'arbitre n'a pas de for qui pourrait lui imposer de dire le droit. C'est la volonté des parties qui fonde ce pouvoir ». Il s'agirait donc essentiellement d'une différence de source, et non pas d'une différence de contenu entre les offices du juge et de l'arbitre.

D'ailleurs, et c'est la seconde raison qui pousse à voir leurs obligations comme équivalentes, une fois la règle applicable identifiée, le juge comme l'arbitre ont la même obligation de trancher le litige suivant cette règle. Ils ont tous deux l'obligation de « bien juger », c'est-à-dire de faire une juste application de la règle de droit¹⁰⁷⁷, quelque ait été le processus permettant de la choisir comme règle applicable. L'office du juge et celui de l'arbitre sont donc similaires, même si le choix de la règle applicable ne leur est pas dicté par la même source.

283. Cette obligation de bien juger ne peut d'ailleurs être considérée comme différente du seul fait que les voies de recours à l'encontre des jugements ne sont pas les mêmes que celles à l'encontre des sentences¹⁰⁷⁸. En effet, tous les jugements ne peuvent pas être soumis à un second degré de juridiction, ils ne connaissent donc pas tous d'un recours de plein contentieux. En effet, toutes les décisions qui sont sous le seuil d'appel ne connaissent pas de recours d'appel réformation mais sont seulement susceptibles d'un recours en cassation. On pourrait aussi souligner que les arrêts d'appel ne sont jamais susceptibles d'un recours équivalent à un appel réformation mais seulement d'un pourvoi en cassation qui n'est pas un recours de plein contentieux¹⁰⁷⁹. Autrement dit, de nombreuses décisions judiciaires ne vont pas être contrôlées en fait et en droit par une juridiction supérieure. Peut-on pour autant douter du fait que les juges appliquent correctement les règles de droit. Si on retenait ce doute, il faudrait alors considérer qu'en organisant une absence de recours de plein contentieux pour les décisions sous le seuil d'appel, le législateur a fait le choix de soumettre les litigants à une justice de qualité différente selon l'enjeu financier de la question. En effet, les décisions contrôlées seraient rendues par des juges attentifs à la manière dont ils appliquent le droit du fait du potentiel recours en appel réformation et non les décisions non contrôlées. Partant, il

¹⁰⁷⁷ Dans le même sens Monsieur Giraud énonce que l'arbitre a l'obligation de faire de la règle qui s'applique « *une application correcte* » (P. GIRAUD, *op. cit.*, n°350, p.267).

¹⁰⁷⁸ Rappelons que la sentence interne peut jamais être frappée de pourvoi et ne peut être frappée d'appel que si les parties l'ont décidé.

¹⁰⁷⁹ J. BORE, L. BORE, *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, v° Cour de cassation, 2015, spé. n°3.

faudrait alors considérer que les juges d'appel, qui ne sont, par principe, pas contrôlés quant à l'exercice de leur pouvoir souverain d'appréciation rendraient des décisions sans avoir à cœur d'appliquer les règles de droit correctement du seul fait qu'ils ne sont pas contrôlés en droit et en fait. Ils ne seraient vigilants que sur la légalité de la décision du fait du contrôle par la Cour de cassation. Ce serait déjà un gage de contrôle de qualité assurant une correcte application des normes, mais l'exercice du pouvoir souverain a aussi de grandes conséquences pour les parties. En ce sens, on peut rappeler que c'est souverainement que les juges du fond fixent le montant des dommages-intérêts. Ces montants qui peuvent être importants ne sont contrôlés qu'en cas de plein contentieux. Par ailleurs, le contrôle de légalité de la décision qu'offre le pourvoi en cassation n'est pas offert à toutes les décisions. En effet, les juges de la Cour de cassation ou ceux du Conseil d'Etat, ne font l'objet d'aucun contrôle quant à leur application des normes¹⁰⁸⁰. Faut-il alors douter de leur souci d'appliquer correctement les règles de droit. Une telle position n'est pas envisageable. Il n'est pas permis de douter de l'application avec laquelle les juges tranchent le litige y compris lorsque leur décision ne fait pas l'objet de recours ou d'un recours plein contentieux du seul fait de cette absence de recours. La fonction de trancher le litige est si importante qu'elle est nécessairement sérieuse et induit que l'application des normes pour trancher le litige se fasse avec le plus grand soin. S'il en va ainsi pour les juges judiciaires, pourquoi pourrait-on davantage en douter concernant l'arbitre qui lui n'est jamais contrôlé, par une juridiction du moins. En effet, la fonction est la même, il faut trancher un contentieux et elle appelle le même sérieux et la même rigueur. Par ailleurs, si certains pourraient être tentés de justifier le sérieux dans cette obligation chez les magistrats par le serment qu'ils prêtent et ainsi souligner que les arbitres ne prêtent pas serment, on pourrait leur opposer que les arbitres sont dans un milieu concurrentiel et que leur manque de sérieux dans l'exercice de cette obligation de trancher le litige en appliquant correctement les règles idoines serait sanctionné par une absence de nomination voire par une sanction conduisant au retrait de l'arbitre d'une institution arbitrale¹⁰⁸¹. Qui choisirait pour arbitre une personne qui

¹⁰⁸⁰ En ce sens, il faut souligner qu'aucune juridiction, ni la Cour de justice de l'Union Européenne, ni le Conseil constitutionnel peuvent contrôler les décisions de la Cour de cassation. La Cour européenne des droits de l'Homme ne le peut pas directement non plus. Elle peut se contenter de condamner la France pour violation d'une disposition de la Convention mais pas d'annuler un arrêt de la Cour de cassation (en ce sens, v° J. BORE, L. BORE, *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, v° Cour de cassation, 2015, spé. n°4).

¹⁰⁸¹ En ce sens, v° l'article 15 du règlement de CI Arb qui prévoit la possibilité de suspendre du CI Arb pour une période maximale de douze mois, ou encore la perte temporaire ou définitive de l'agrément à un membre agréé (ce que sont les arbitres), ou encore l'exclusion du CI Arb en cas de mis en œuvre de

applique incorrectement la règle applicable pour trancher le litige. Ce serait très dangereux et sans aucune sécurité juridique. En effet, comment prévoir le sens de la décision, si on ne peut pas s'assurer que l'application de la règle permettant de trancher le litige sera correct. On peut donc considérer que, pour les cas où l'appel contre la sentence ne soit pas possible car les parties n'auraient pas ouvert ce recours, l'arbitre sera tenu, dans le même esprit que le juge, d'appliquer correctement les règles applicables, non seulement du fait de l'importance de la fonction de trancher le litige qui est la sienne mais aussi par la nécessité de maintenir une réputation dans un milieu concurrentiel¹⁰⁸².

284. En outre, en matière d'amiable composition, il a été souligné que cette voie était ouverte plus largement dans l'arbitrage que dans la justice étatique. Pour autant, lorsque cette voie a été choisie par les parties, l'office du juge et celui de l'arbitre sont très similaires : lorsque l'arbitre statue en amiable composition, il doit trancher le litige au fond comme le ferait un juge amiable compositeur. Là encore, la différence réside davantage dans la liberté qui est laissée aux parties de choisir que leur litige soit tranché en équité, plutôt que dans le comportement qui est imposé au juge ou à l'arbitre, une fois ce choix opéré. L'obligation de trancher le litige en amiable compositeur ne s'exécute pas différemment par l'un ou l'autre acteur. Cette similarité des comportements imposés à l'arbitre et au juge est d'ailleurs relevée par de nombreux auteurs qui n'hésitent pas à considérer que ce qui s'applique à l'arbitre doit s'appliquer au juge¹⁰⁸³. Trancher le litige

diligences bien en deçà des standards attendus d'un juriste compétent ou de toute personne compétente dans le domaine de la résolution des conflits (pour une présentation de cette procédure de sanction du CI Arb, v° CLUB DES JURISTES, *La responsabilité de l'arbitre : rapport du club des juristes*, Le club des juristes, 2017, spé. p.65-66).

¹⁰⁸² Tous les arbitres n'ont pas vocation à être nommés plusieurs fois. Cela étant, pour ces arbitres très occasionnels, il est fort à parier que la fois où ils seront nommés, ils seront membres d'un tribunal arbitral collégial. Dans ce cadre, on peut aisément imaginer que les autres membres du tribunal ne seront pas eux aussi des arbitres occasionnels et auront une réputation à maintenir qui les conduira à « imposer » à l'arbitre occasionnel la même rigueur qui s'impose à l'arbitre « récurrent ». Par ailleurs, il en va aussi de la réputation des centres d'arbitrage qui parfois participe de la nomination des arbitres. En effet, il en va de la réputation de ces centres de nommer ou de proposer des arbitres qui répondent à de hautes exigences de qualités et notamment techniques et juridiques (en ce sens, v° M. ROBINE, « Le choix des arbitres », *Rev. arb.*, 1990, p.315).

¹⁰⁸³ En ce sens, v° L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privée, op. cit.*, spé. n°1089, p.1009-1010. L'application au juge des solutions apportées en matière d'amiable composition arbitrale est acquise pour la doctrine majoritaire. En ce sens, v° C. BLERY, N. REICHLING, *Encyclopédie JurisClasseur Procédure civile*, v° Fasc. 500-35, *op. cit.*, n°67 ; Y.-M. SERINET, « Les très strictes conditions de l'amiable composition judiciaire », *op. cit.*, soulignant que « *L'amiable composition judiciaire est un transfuge [de] souche arbitrale [...]* » ; E. LOQUIN, « La compétence territoriale de la cour d'appel saisie d'un recours en annulation de la sentence arbitrale. Le devoir des arbitres amiables compositeurs », *D.*, 1996, p.351 et s., note sous CA

interne en amiable composition est donc une obligation qui recouvre la même réalité, qu'elle pèse sur le juge ou sur l'arbitre.

Il s'infère de ce qui précède que l'office de l'arbitre interne s'assimile à celui du juge¹⁰⁸⁴ : l'un et l'autre doivent trancher le litige de la même manière, peu important qu'ils appliquent des règles de droit¹⁰⁸⁵ ou d'équité¹⁰⁸⁶. Conséquemment, l'obligation faite à l'arbitre interne de trancher le litige en faisant application des règles de droit ou d'équité doit être rattachée à l'exercice de sa fonction juridictionnelle¹⁰⁸⁷, dès lors qu'elle est comparable à l'obligation du juge en cette matière.

Il en va de même pour l'arbitre international.

β. L'équivalence entre les obligations du juge et de l'arbitre international

285. Pour l'arbitre international, la différence entre son office et celui du juge semble encore plus grande que celle qui existe avec l'arbitre interne¹⁰⁸⁸. Pourtant, les différences qui existent doivent être dépassées, tant en ce qui concerne le processus de désignation de la loi applicable, de l'application des règles au fond du litige que de la quasi absence de recours.

286. Le processus de détermination de la loi applicable, qui diffère pour le juge et l'arbitre international, relève en réalité d'une pure différence technique : le juge est extrêmement guidé tandis que l'arbitre l'est beaucoup moins, puisqu'il peut choisir de lui-même, dans le silence des parties, la méthode qui lui paraît la meilleure pour

Paris, 11 janvier 1996 ; L. CADIET, « Droit judiciaire privé », *JCP G*, 1997, n°47, doct. 4064, spé. n°45. Ces deux derniers auteurs considèrent que lorsque le juge statue en amiable composition, il peut appliquer la loi dès lors que celle-ci est équitable et qu'il en justifie. Pour aboutir à cette position, ces auteurs soutiennent que, puisqu'il en va ainsi pour l'arbitre, la solution doit être transposée au juge.

¹⁰⁸⁴ En ce sens, v° L. CADIET, E. JEULAND, *op. cit.*, n°1040, p.881.

¹⁰⁸⁵ En ce sens, v° C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°454, p.430.

¹⁰⁸⁶ En ce sens, v° L. JANDARD, *op. cit.*, n°173, p.194.

¹⁰⁸⁷ En ce même sens, Monsieur Giraud énonce : « La bonne application de la règle de droit ne ressortit pas au cas d'ouverture de la conformité de l'arbitre à sa mission. En effet, ce grief vise directement l'action de dire le droit, et donc la mission juridictionnelle de l'arbitre, distincte de la mission visée à l'indice 3 des articles 1492 et 1520 du Code de procédure civile. Reprocher à l'arbitre de ne pas avoir correctement appliqué la règle de droit revient à lui reprocher d'avoir mal jugé le litige » (P. GIRAUD, *op. cit.*, n°276, p.209).

¹⁰⁸⁸ Pour une présentation de ces différences, v° *supra*, n°275 et s..

déterminer la loi applicable. Cela s'explique par le caractère délocalisé de l'arbitre¹⁰⁸⁹. Pour autant, cette étape de détermination de la loi applicable s'impose au juge comme à l'arbitre. Elle constitue un préalable nécessaire à la résolution du litige. Or, dans la réalisation de cette étape du processus décisionnel, le juge et l'arbitre doivent faire preuve, l'un et l'autre, de la même rigueur. Par exemple, lorsque la loi applicable est déterminée par la volonté des parties (ce qui n'est pas le principe en matière judiciaire mais l'est en matière arbitrale), le respect de cette volonté s'impose pareillement à l'un et l'autre, qui doivent la respecter avec la même application, et dans le même but : déterminer le droit qui doit être appliqué au fond pour trancher le litige, ce qui est le cœur de leur obligation.

287. S'agissant, précisément, de l'application de la règle de fond, qui constitue la seconde étape du raisonnement, nous avons vu qu'il existait une différence entre le juge et l'arbitre quant à la nature des règles pouvant être appliquées : l'arbitre pourra trancher le litige en faisant application de règles que le juge ne peut pas appliquer, telles les règles anationales. Pour autant, là encore, juge et arbitre devront appliquer avec la même rigueur la règle utilisée pour trancher le litige. Que l'arbitre choisisse d'appliquer la même règle que celle qui s'imposerait au juge ou une règle différente, il devra pareillement trancher le litige, en faisant une bonne application de la règle de droit¹⁰⁹⁰ qu'il ne doit pas méconnaître. Autrement dit, la différence tenant à la nature de la règle appliquée ne rejaillit pas sur la manière dont la règle doit être appliquée.

288. Enfin concernant l'absence de possibilité de frapper la sentence internationale¹⁰⁹¹ d'appel en réformation et en cassation, là encore ces différences ne sont pas suffisantes pour distinguer l'obligation du juge de trancher le litige de celle de l'arbitre. D'abord, pour les mêmes raisons que celles énoncées pour l'arbitre interne¹⁰⁹², l'absence de recours de plein contentieux ou en cassation ne suffit pas à considérer que

¹⁰⁸⁹ En ce sens, v° C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n°877, p.798. Le caractère délocalisé rappelle que l'arbitre ne rend pas la justice au nom de l'Etat (pour une définition en ce sens, v° (J. BEGUIN, M. MENJUCQ (dir.), *Droit du commerce international, op. cit.*, spé. n°1927, p.1077)

¹⁰⁹⁰ En ce sens, v° P. GIRAUD, *op. cit.*, n°276, p.209.

¹⁰⁹¹ On rappellera que la sentence interne peut être frappée d'un appel en réformation chaque fois que les parties auront conventionnellement ouvert ce recours. Pour toutes les fois où les parties, où le règlement d'arbitrage, n'aura pas ouvert ce recours, la sentence interne est alors, comme la sentence internationale, protégée de tout recours en appel réformation et en cassation.

¹⁰⁹² En ce sens, v° *supra* n°281.

l'arbitre ne doit pas, à la manière du juge dont les décisions ne connaissent pas nécessairement de recours de plein contentieux, on pense aux juges d'appel et de Cassation, voire ne connaissent d'aucun recours, on pense ici aux juges de la Haute juridiction judiciaire, appliquer correctement les règles applicables car l'importance de sa fonction et la nécessité de préserver sa réputation appellent de l'arbitre la même vigilance que le juge. Ensuite, il n'est pas certain que les sentences internationales ne fassent pas l'objet d'un contrôle qui se rapproche d'une réformation, au titre de la conformité à l'ordre public international. En effet, on sait qu'une sentence internationale ne peut produire d'effet en France qu'à la condition de ne pas heurter l'ordre public international¹⁰⁹³. Toutefois, la question se pose de l'étendue de ce contrôle. S'il est restreint, ou encore minimal¹⁰⁹⁴, le juge de la régularité de la sentence ne contrôlera, au titre de l'ordre public, que l'application des règles d'ordre public, du droit de la concurrence ou celles qui prohibent la corruption, par le tribunal arbitral. Dans un contrôle du respect de l'ordre public de ce type, ce n'est que si le tribunal arbitral écarte automatiquement ces règles sans en justifier que la sentence sera contraire à l'ordre public. Le juge de la validité de la sentence se contentera alors d'un contrôle léger¹⁰⁹⁵. A l'inverse, on peut imaginer un contrôle approfondi par le juge de la régularité qui ne se contenterait plus alors dans ce cas seulement de vérifier que les arbitres ont motivé leur rejet de l'application des règles d'ordre public, mais qui viendrait en contrôler la motivation concrète¹⁰⁹⁶. Ce faisant, le contrôle de la conformité à l'ordre public serait à ce point étendu qu'il pourrait s'assimiler à une réformation. C'est ce que la cour d'appel de Paris semble avoir fait dans sa décision du 21 février 2017¹⁰⁹⁷. En effet, dans cet arrêt, la cour d'appel de Paris était saisie d'un recours en nullité d'une sentence internationale. Pour considérer que la sentence viole l'ordre public international, la cour d'appel va substituer sa motivation à celle tenue par les arbitres ne laissant alors aucun

¹⁰⁹³ A défaut, la sentence internationale encourt la nullité conformément à l'article 1520, 5° du Code de procédure civile.

¹⁰⁹⁴ En ce sens, v° X. BOUCOBZA, Y.-M. SERINET, « L'intensité et la nature du contrôle de conformité de la sentence arbitrale à l'ordre public international », RDC 2017, p.304 ; L. WEILLER, « Renforcement de l'étendue du contrôle en présence de corruption », Procédures, 2017, Commentaires n°268 ; pour une critique de ce contrôle, v° L.-C. DELANOY, « L'arrêt M. Schneider du 12 février 2014 : feu rouge pour la « révision », feu vert pour la corruption », *Les cahiers de l'arbitrage*, 2014, spé. n°21 et s., p.313.

¹⁰⁹⁵ Pour une présentation en ce sens du contrôle minimal de la conformité à l'ordre public, v° fX. BOUCOBZA, Y.-M. SERINET, « L'intensité et la nature du contrôle de conformité de la sentence arbitrale à l'ordre public international », *op. cit.*, p.304.

¹⁰⁹⁶ Pour une présentation en ce sens du contrôle approfondi de la conformité de la sentence internationale à l'ordre public international, v° *ibid.*

¹⁰⁹⁷ CA Paris, 21 février 2017, n°15-01650.

doute sur son choix de procéder à un contrôle extrêmement approfondi de la motivation de la sentence arbitrale¹⁰⁹⁸ qui, d'après Messieurs Boucobza et Serinet, « *mène en réalité à une révision à peine voilée de la sentence arbitrale* »¹⁰⁹⁹. Il ne faut toutefois pas déduire de cette décision qu'une conception large du contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international s'analyse en un recours en révision de telle sorte qu'il faudrait alors considérer que les sentences arbitrales internationales peuvent faire l'objet d'un recours de plein contentieux. D'une part, cette décision se limite au contrôle d'une sentence dans laquelle une question de corruption se posait et, d'autre part, jamais la Cour de cassation n'a, à notre connaissance, statué en ce sens. Cela étant, force est de constater que la motivation d'une sentence a été contrôlée. Cela étant, si la Cour de cassation abondait dans le sens de la cour d'appel de Paris, il faudrait alors retenir que certaines sentences internationales peuvent faire l'objet d'une réformation, au moins sur les aspects de corruption. Si cette première étape était franchie, qui sait où la défiance des juges pourraient les conduire et à quel contrôle des sentences internationales.

Au final, on pourrait alors retenir que toutes les décisions des juges ne sont pas contrôlées, ce qui pourtant ne permet pas de considérer que le juge n'est pas soumis à l'obligation de statuer en appliquant les règles applicables et de la bonne manière. Il n'est aucune raison pour que cette obligation ne se traduise pas à l'arbitre même si les sentences internationales qu'il rend ne sont jamais contrôlées, sauf extension du contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international.

En conclusion, l'office de l'arbitre international est équivalent à celui du juge statuant en matière internationale dans la mesure où l'un et l'autre sont tenus de trancher le litige en appliquant correctement la règle désignée, peu important que le processus de choix de la règle et la nature de la règle puissent différer de l'un à l'autre. Ils doivent, l'un comme l'autre, « bien juger ». En conséquence, l'obligation faite à l'arbitre international de trancher le litige dans le respect des règles applicables doit être rattachée à sa fonction juridictionnelle, en dépit des différences de contenu qui peuvent être observées avec la même obligation faite au juge.

¹⁰⁹⁸ En ce sens, v° X. BOUCOBZA, Y.-M. SERINET, « L'intensité et la nature du contrôle de conformité de la sentence arbitrale à l'ordre public international », *op. cit.*, p.304.

¹⁰⁹⁹ *Ibid.*

La même conclusion s'imposera au sujet d'une dernière obligation qui présente des différences de contenu entre les justices étatique et arbitrale mais qui devra néanmoins être classée parmi les obligations juridictionnelles de l'arbitre : celle de respecter les exigences formelles de la sentence.

C) L'obligation de respecter les exigences formelles de la sentence

289. Le juge et l'arbitre sont tenus de respecter des exigences formelles qui s'appliquent à la décision qu'ils rendent : les unes tiennent aux indications qui doivent figurer dans la décision ; les autres, à la signature requise. Si ces exigences peuvent varier de l'un à l'autre, elles sont en réalité équivalentes, ce qui conduira, une fois encore, à rattacher cette obligation de l'arbitre à sa fonction juridictionnelle.

290. S'agissant des indications requises, l'article 454 du Code de procédure civile, applicable au jugement, prévoit les exigences formelles que doivent contenir les décisions de justice. Ce texte oblige le juge à apposer plusieurs indications sur sa décision : la juridiction dont il émane ; le nom des juges qui ont délibéré ainsi que du greffier, des parties et de leurs avocats, représentants ou assistants ; le nom des personnes auxquelles le jugement rendu en matière gracieuse doit être notifié ; la date de la décision ; le nom du représentant du ministère public s'il a assisté aux débats.

Or, seules certaines de ces indications sont requises en matière arbitrale. En effet, l'article 1481 du Code de procédure civile, applicable à l'arbitrage interne et, par l'effet du renvoi de l'article 1506, 4°, du même Code, à l'arbitrage international, impose seulement au tribunal arbitral de faire figurer dans sa sentence les noms des parties, de leurs avocats, représentants ou assistants, des arbitres qui ont rendu la sentence, ainsi que la date de la sentence et le lieu où elle a été rendue.

Le contenu des mentions requises dans les jugements et les sentences diffère donc quelque peu : le nom du greffier ou du représentant du ministère public n'est pas requis en matière arbitrale, pas plus que le nom des personnes auxquelles la décision gracieuse doit être notifiée. Inversement, le lieu où la décision a été rendue ne doit pas figurer dans les jugements. Ces différences sont la conséquence naturelle des éléments qui opposent la justice étatique et la justice arbitrale. Ainsi, en matière arbitrale, le ministère public n'assiste jamais à l'audience, l'arbitrage ne connaît pas de greffier (au

mieux, il est parfois assisté d'un secrétariat), et il ne statue pas en matière gracieuse. Les indications requises sur ces éléments en matière de justice étatique n'auraient donc aucun sens en matière arbitrale. À l'inverse, le lieu où la décision de justice a été rendue n'a pas à figurer dans le jugement puisqu'elle est nécessairement rendue au siège de la juridiction, lequel est fixe. L'indication de la juridiction qui a pris la décision suffit donc à identifier le lieu où la décision a été rendue. Le tribunal arbitral, quant à lui, peut installer son siège, donc rendre sa décision, dans un endroit quelconque qu'il est alors nécessaire de préciser.

Au-delà de ces différences tenant aux particularités respectives des deux formes de justice, les mentions requises sont identiques ou, à tout le moins, équivalentes. En effet, toutes ces mentions poursuivent un même objectif : identifier avec précision la décision. Cette identification précise permet de tirer toutes les conséquences de régime qui s'infèrent des informations requises. Ainsi, par exemple, la mention de la date de la décision ou de la sentence aura une incidence sur le délai des voies de recours, lorsqu'elles sont ouvertes¹¹⁰⁰. La mention du lieu de reddition de la sentence ou de la juridiction qui a rendu la décision permettra, de la même façon, d'identifier la juridiction territorialement compétente pour statuer sur une éventuelle voie de recours. Dès lors, si l'identification appelle des précisions différentes en matière étatique et en matière arbitrale, il reste que le principe même de l'exigence de certaines mentions obligatoires répond à une même finalité. Les obligations sont donc équivalentes.

291. Le même constat s'impose au sujet de la signature de la décision. L'article 456 du Code de procédure civile impose que le jugement soit signé par le président et son greffier. Seul le président du tribunal doit donc apposer sa signature, à l'exclusion des autres membres du tribunal.

En matière arbitrale, en revanche, l'ensemble des membres du tribunal, ou, à tout le moins, la majorité des membres, doivent signer la sentence. Cela résulte, pour l'arbitrage interne, de l'article 1480 du Code de procédure civile, qui impose par principe la signature de tous les arbitres mais autorise par exception une minorité d'entre eux à refuser de la signer. En matière d'arbitrage international, l'exigence d'une signature repose sur l'article 1513 du Code de procédure civile. Ce texte impose

¹¹⁰⁰ En ce sens, v° N. FRICERO, *Droit et pratique de la procédure civile 2020-2021* (dir. S. GUINCHARD), D (dir. S. GUINCHARD), *op. cit.*, n°633-22.

également, par principe, la signature de tous les membres du tribunal arbitral, tout en autorisant par exception une minorité d'arbitres à refuser de signer la sentence. Une seconde exception est également prévue : le président du tribunal peut statuer seul et signer seul la sentence, en l'absence de majorité.

On le voit, les exigences tenant aux personnes devant signer la décision de justice ou la sentence sont donc divergentes. Pour autant, ces différences doivent être dépassées. En effet, les signatures qui doivent être portées sont exigées pour une raison identique : identifier que le jugement¹¹⁰¹ ou la sentence¹¹⁰² a bien été rendu par les personnes qui en ont délibéré et, surtout, que la décision rendue correspond bien à la décision qui a été rendue. En matière judiciaire, le président de la chambre est le seul à signer le jugement, lorsqu'il a assisté aux débats et aux délibérés¹¹⁰³, parce que sa qualité de président suffit à témoigner que les exigences sont remplies. En matière d'arbitrage, il revient en principe à tous les membres du tribunal d'en témoigner. Cela étant, dans la mesure où le président du tribunal arbitral peut être le seul à signer, en matière internationale, et en cas de tribunal à arbitre unique, ces différences de principe ne sont pas si significatives. L'obligation formelle de signer la sentence, qui est faite à l'arbitre, est donc tout à fait comparable à celle du juge, dans la mesure où elle poursuit la même finalité.

292. En conséquence, l'obligation de l'arbitre de respecter les exigences formelles de la sentence, qu'il s'agisse des indications devant figurer dans la sentence ou de la signature, trouve son équivalent en matière de justice étatique. Malgré quelques différences de contenu tenant aux particularités propres à chacune de ces justices, les obligations peuvent être assimilées car elles poursuivent les mêmes objectifs. L'obligation de respecter les exigences formelles de la sentence doit donc être rattachée à la fonction juridictionnelle de l'arbitre, par application du critère de la comparaison.

¹¹⁰¹ Pour une lecture en ce sens pour la signature du jugement, v° F. EUDIER, N. GERBAY, *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, v° Jugement, 2018, spé. n°320 ; N. FRICERO, *Droit et pratique de la procédure civile 2020-2021* (dir. S. GUINCHARD), *op. cit.*, n°412-261.

¹¹⁰² Pour une lecture en ce sens pour la signature de la sentence arbitrale, v° J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, n°645, p. 424.

¹¹⁰³ Pour quelques références d'une jurisprudence constante, v° Civ. 2^e, 18 mars 1975, n°74-11.779, *Bull II*, n°95 ; Soc., 11 janvier 1978, n°76-41.264, *Bull V*, n°29 ; Soc. 21 mars 1990, n°88-41.870, *Bull V*, n°140 ; Civ. 2^e, 26 octobre 1994, n°92-17.736 ; Civ. 2^e, 21 juin 1995, n°93-21.757 ; Civ. 2^e, 9 juillet 1997, n°95-20.854, *Bull II*, n°228.

CONCLUSION DU CHAPITRE

293. Ce chapitre a été l'occasion de s'interroger sur les difficultés de mise en œuvre du critère de la comparaison, pour vérifier sa pertinence. Cette mise à l'épreuve a fait apparaître la nécessité d'affiner le critère pour le rendre parfaitement opératoire. Deux séries de difficultés ont été envisagées.

294. La première série de difficultés s'est posée au sujet d'obligations partagées par le juge et l'arbitre et recouvrant un contenu similaire. Cela aurait dû conduire à rattacher ces obligations à la fonction juridictionnelle de l'arbitre. Il est toutefois apparu que la similarité des obligations était ici trompeuse. Tel est le cas à chaque fois que les obligations envisagées ne pèsent pas sur tous les juges mais seulement sur certains, qui ont, par leur rang dans la hiérarchie, acquis des fonctions administratives en plus de leur fonction juridictionnelle. Elles ne sont donc pas assumées par le juge dans l'exercice de ses fonctions juridictionnelles, mais dans l'exercice de ses fonctions administratives. Par conséquent, elles ne peuvent pas être exercées par l'arbitre au titre de sa fonction juridictionnelle, mais au titre de sa mission contractuelle.

Cette première difficulté conduit à un premier affinement du critère de l'assimilation : les obligations de l'arbitre ne sont juridictionnelles que lorsqu'elles sont partagées par tous les juges, indépendamment de leur statut hiérarchique. À l'inverse, les obligations de l'arbitre ne sont pas juridictionnelles lorsqu'elles ne sont partagées que par certains juges qui ont, à côté de leur fonction juridictionnelle, acquis des fonctions d'une autre nature.

295. La seconde série de difficultés a été mise en lumière à l'occasion de l'étude d'obligations qui ne sont que partiellement comparables.

D'une part, il se peut que certaines obligations aient un contenu identique mais une dénomination différente. La similarité des contenus doit alors l'emporter pour qualifier l'obligation de juridictionnelle en dépit de sa dénomination propre à l'arbitrage.

D'autre part, certaines obligations présentent une dénomination identique pour le juge et pour l'arbitre, mais revêtent sur le fond un contenu différent. Malgré cette différence, il est nécessaire de les rattacher à la fonction juridictionnelle de l'arbitre. En effet, l'assimilation des obligations peut être opérée en dépit de différences de contenu,

dès lors que ces différences n'empêchent pas les obligations de partager une même finalité.

Cela conduit à un second affinement du critère : en principe, les obligations de l'arbitre sont juridictionnelles lorsqu'elles s'imposent au juge sous une même dénomination et avec un même contenu. Toutefois, une simple différence de dénomination ne doit pas empêcher l'assimilation des obligations si elles revêtent en réalité un même contenu. De même, une différence de contenu n'empêche pas l'assimilation si les obligations, de même dénomination, poursuivent par ailleurs une même finalité. Elles sont alors équivalentes, et les différences perceptibles entre elles ne sont généralement que la conséquence d'une adaptation rendue nécessaire par les différences techniques qui existent entre la justice étatique et la justice arbitrale. Ces obligations doivent tout de même être qualifiées de juridictionnelles, par application du versant positif du critère de la comparaison.

CONCLUSION DU TITRE

296. La mise à l'épreuve du critère de la comparaison entre l'arbitre et le juge a démontré sa pertinence et son caractère opérant. Il est apparu que, malgré des difficultés d'application, qui peuvent être dépassées, ce critère permet de faire le départ entre les obligations contractuelles et les obligations juridictionnelles de l'arbitre et, en conséquence, de délimiter les champs d'application respectifs des responsabilités contractuelle et juridictionnelle de l'arbitre.

297. Ainsi, par application du versant positif du critère de la comparaison entre l'arbitre et le juge, doivent être classées parmi les obligations juridictionnelles, propres à engager la responsabilité délictuelle de l'arbitre : les obligations liées à l'instance, qui impliquent le respect du principe dispositif, du principe de la contradiction, du principe de loyauté et du principe d'égalité ; les obligations liées à la sentence qui imposent à l'arbitre de délibérer et de motiver sa décision. Toutes ces obligations s'imposent en effet à l'arbitre et au juge sous une même dénomination et avec un contenu identique.

Doit également être qualifiée de juridictionnelle, malgré une différence de dénomination, l'obligation de célérité de l'arbitre, qui correspond, pour le juge, à l'obligation de respecter un délai raisonnable. Sont aussi classées dans la catégorie des obligations juridictionnelles celles qui, malgré une différence de contenu, s'imposent à l'arbitre et au juge avec une même finalité : sont concernées les obligations d'indépendance et d'impartialité, de trancher le litige dans le respect des règles applicables et de respecter les exigences formelles de la sentence, qui pèsent sur l'arbitre et sur le juge avec une même dénomination mais un contenu légèrement différent, en raison des nécessaires adaptations à la situation particulière de chacun.

298. Ensuite, par application du versant négatif du critère de l'assimilation entre l'arbitre et le juge, doivent être classées parmi les obligations contractuelles de l'arbitre l'obligation de confidentialité, l'obligation de révélation et l'obligation de respecter les délais de l'arbitrage, qui pèsent en tant que telles sur le seul arbitre et qui ne se retrouvent pas à l'identique chez le juge.

De même, doivent également figurer parmi les obligations contractuelles de l'arbitre celles qui lui imposent de participer à la constitution du tribunal arbitral et

d'organiser matériellement l'instance arbitrale. En effet, même si ces obligations pèsent également sur certains juges sous une forme adaptée à la justice étatique, elles revêtent pour ces juges une nature administrative et sont donc attachées à leurs fonctions administratives, et non à leurs fonctions juridictionnelles. Elles sont donc, pour l'arbitre, purement contractuelles, faute de pouvoir être classées parmi les obligations juridictionnelles.

299. Il en ressort que le critère de la comparaison peut être utilisé pour classer les obligations de l'arbitre en respectant les précisions suivantes.

D'abord, dans son versant positif, ce critère conduit à qualifier de juridictionnelles les obligations qui pèsent sur l'arbitre et sur le juge sous une même dénomination et avec un même contenu, sauf si le juge les assume dans l'exercice de fonctions administratives. Par tempérament, les obligations qui se présentent sous une dénomination différente ou un contenu différent peuvent néanmoins être qualifiées de juridictionnelles si, pour les premières, elles présentent un contenu identique et, pour les secondes, elles poursuivent une même finalité.

Ensuite, dans son versant négatif, le critère de la comparaison conduit à qualifier de contractuelles les obligations qui ne pèsent que sur l'arbitre, et non sur le juge, ainsi que les obligations assumées par les deux acteurs, mais qui pèsent sur le juge dans l'exercice de fonctions administratives.

CONCLUSION DE LA PARTIE

300. Si la nature duale de l'institution arbitrale est largement admise par la doctrine et la jurisprudence, toutes les conséquences n'en ont pas encore été tirées au stade de la responsabilité de l'arbitre. Le respect de la spécificité de l'arbitrage impose pourtant de reconnaître l'existence d'une double responsabilité de l'arbitre, laquelle s'impose comme une conséquence de la double nature de l'institution elle-même.

Ainsi, puisque l'arbitre est à la fois un contractant et un juge, sa responsabilité doit être tantôt de nature contractuelle, lorsqu'elle naît d'un manquement à l'une de ses obligations contractuelles, et tantôt de nature délictuelle, lorsqu'elle fait suite à une violation de ses obligations juridictionnelles.

La première partie de ce travail aboutit donc au constat d'une dualité des responsabilités arbitrales, contractuelle ou délictuelle selon le manquement en cause. Cette double nature des responsabilités de l'arbitre nous a conduit à proposer une classification des obligations de l'arbitre, permettant de délimiter les domaines respectifs de chacune des responsabilités qu'il est susceptible d'engager.

Sont ainsi posées les prémisses qui permettront la mise en œuvre de la responsabilité arbitrale : l'arbitre est susceptible d'engager deux types de responsabilités de natures différentes qui ont chacune un domaine d'application identifié. Reste à savoir suivant quelles règles chacune de ces responsabilités pourra être mise en œuvre. Ce sera l'objet de la seconde partie.

Partie 2 : La mise en œuvre de la responsabilité de l'arbitre

301. La mise en œuvre de la responsabilité civile de l'arbitre implique généralement l'existence d'un contentieux ayant pour objet de déterminer si l'arbitre engage ou non sa responsabilité civile. Saisi d'un tel litige, le juge français devra, parfois, doublement s'interroger : sur sa compétence, d'abord ; sur l'applicabilité de la loi française ou d'une loi étrangère, ensuite. Le juge devra se poser ces questions chaque fois que la situation qui ouvre droit à l'action en responsabilité contre un arbitre présente un élément d'extranéité. Cette extranéité peut faire l'objet de deux approches : soit le caractère interne ou international de l'arbitrage détermine le caractère interne ou international de la responsabilité de l'arbitre ; soit l'arbitrage et la responsabilité de l'arbitre peuvent être internes ou internationaux indépendamment l'un de l'autre.

Suivant la première approche, le juge saisi d'une question de responsabilité arbitrale devra s'interroger sur sa compétence et sur la loi applicable chaque fois que l'arbitrage sera international. Le caractère international de l'arbitrage rejillira alors sur la responsabilité arbitrale. Cette solution ne nous apparaît pas devoir être retenue car elle pourrait conduire à appliquer à la responsabilité arbitrale des solutions de droit international privé alors même que la question de la responsabilité ne présenterait aucun élément d'extranéité. En effet, pour que l'arbitrage soit dit international, il faut qu'il mette en jeu « *les intérêts du commerce international* »¹¹⁰⁴. Autrement dit, il faut que le conflit qui donne lieu à l'arbitrage mobilise l'économie d'au moins deux pays. Ainsi, si un litige oppose deux parties, l'arbitrage qui s'en suivra sera international dès lors que ce litige aura des conséquences sur au moins deux pays. Or, on peut tout à fait imaginer qu'un tel arbitrage international se déroule en présence de litigants et d'arbitres partageant la même nationalité, dans l'Etat dont ces personnes sont ressortissantes, et que le dommage soit également subi dans ce même Etat. Il n'y aura alors aucune raison de s'interroger sur le juge compétent ou la loi applicable pour traiter de la responsabilité des arbitres, dès lors que tous les éléments du litige se rattacheront à un même Etat. A l'inverse, il se peut qu'un arbitrage soit interne, en ce qu'il n'intéresse pas le commerce international, et qu'il donne pourtant lieu à une action en responsabilité présentant un élément d'extranéité. Tel sera le cas par exemple lorsque les litigants et les arbitres dont la responsabilité est recherchée ne partagent pas la même nationalité ou lorsque le fait dommageable et le dommage se produiront dans différents pays. Dans ces situations, il

¹¹⁰⁴ Article 1504 du Code de procédure civile.

sera nécessaire de déterminer le juge compétent et la loi applicable à l'action en responsabilité, alors même que l'arbitrage lui-même porte sur un contentieux purement interne.

Ces raisons nous conduisent à préférer une seconde approche suivant laquelle la nature de l'arbitrage ne dicte pas le caractère international ou interne de l'action en responsabilité. Les questions de droit international privé se poseront alors à chaque fois que l'action en responsabilité présentera un élément d'extranéité, lequel pourrait tenir aussi bien aux nationalités différentes des arbitres dont la responsabilité est recherchée et du litigant qu'aux lieux différents de survenance du dommage, du fait dommageable et de la tenue de l'arbitrage. Ainsi, des arbitrages internes pourront donner lieu à une action en responsabilité internationale. A l'inverse, des arbitrages internationaux pourront donner lieu à des actions en responsabilité internes lorsque l'action en responsabilité engagée par le litigant ne portera aucun élément d'extranéité.

La logique du procès invite donc à envisager de prime abord les enjeux de droit international privé qui entourent la responsabilité de l'arbitre, en ce qu'ils déterminent à la fois la compétence du juge français et l'applicabilité de la loi française. C'est seulement lorsque ces éléments préalables auront été vérifiés que pourra être abordée la substance même de la loi française, en ce qu'elle fixe les conditions d'engagement de la responsabilité civile de l'arbitre.

L'étude des enjeux de droit international privé liés à la responsabilité arbitrale (titre 1) précèdera donc celle des conditions d'engagement de la responsabilité civile de l'arbitre en droit français (titre 2).

Titre 1 : LES ENJEUX DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE LIES A LA RESPONSABILITE DE L'ARBITRE

302. Deux problématiques de droit international privé sont susceptibles de se poser lorsque le litige comporte un élément d'extranéité : celle du juge compétent pour connaître du litige et celle de la loi applicable pour régir la situation au fond. En matière de responsabilité civile arbitrale, ces questions n'ont pas été prévues par le législateur français. La jurisprudence, quant à elle, n'en a été saisie que rarement. Aussi faudra-t-il raisonner en s'interrogeant sur l'application des outils de droit commun de détermination de la loi compétente et du juge compétent pour traiter de la responsabilité civile de l'arbitre en présence d'un élément d'extranéité. Qu'il s'agisse de juge ou de la loi, une même logique nous semble devoir être suivie : celle qui répond à un impératif de cohérence, aboutissant à identifier un seul juge et une seule loi compétents pour connaître de la responsabilité arbitrale dans le cadre d'un contentieux opposant les mêmes parties à un même tribunal arbitral pour une même procédure arbitrale. Cette logique nous conduira à proposer une adaptation des solutions actuellement apportées par le droit commun pour répondre aux spécificités de la responsabilité arbitrale.

La question du juge compétent (chapitre 1) sera abordée préalablement à celle de la loi applicable (chapitre 2), afin de suivre la logique contentieuse.

Chapitre 1 : Le juge compétent

303. En l'état du droit positif, la question des conflits de juridiction en présence d'un contentieux relatif à la responsabilité de l'arbitre n'a pas été tranchée par les textes. La jurisprudence, quant à elle, a eu quelques occasions de se prononcer, mais pas de manière significative¹¹⁰⁵ ni de manière définitive¹¹⁰⁶. Aussi conviendra-t-il, à défaut de position tranchée sur cette question, de se référer aux solutions existantes et de s'interroger sur la pertinence de leur application au sujet de la responsabilité de l'arbitre. Cette démarche nous conduira à proposer de retenir deux critères de compétence (section 2) après avoir mis en lumière l'inopportunité de la plupart des critères retenus en droit positif, qui doit conduire à leur rejet (section 1).

Section 1 : Les critères écartés

304. Les conflits de juridiction se résolvent, en droit français, soit par le truchement de conventions internationales, telles les conventions de Lugano¹¹⁰⁷, de La

¹¹⁰⁵ Dans l'affaire *Neftegaz* (TGI Paris, 22 septembre 2010, n°10-10068 ; CA Paris, 6 janvier 2011, n°10-20243 ; Civ. 1^e, 28 mars 2013, n°11-11.320, *Bull I*, n°58), la question du juge compétent en matière d'arbitrage a été soulevée, mais il s'agissait de déterminer le juge compétent pour connaître de la régularité de la nomination d'un arbitre, et non d'une action en responsabilité arbitrale. La Cour de cassation s'est prononcée en faveur de la compétence du juge du domicile du défendeur, soit l'arbitre désigné judiciairement, sans préciser pour autant le fondement de sa décision (en ce sens, v° M. AUDIT, « L'action en nullité de la désignation d'arbitre comme substitut à l'action en nullité du contrat d'arbitre : le remède est-il préférable au mal », *op. cit.*, 2013, p.1010). Elle pourrait avoir fait application d'un instrument supranational, ou des règles de compétence internationale issues du Code de procédure civile (pour une proposition d'explication en ce sens, v° L. WEILER, « Compétence pour connaître de l'action en nullité de la désignation d'un arbitre », *Procédures*, 2013, comm. 186 ; M. AUDIT, « L'action en nullité de la désignation d'arbitre comme substitut à l'action en nullité du contrat d'arbitre : le remède est-il préférable au mal », *op. cit.*, spé. p.1010), voire avoir créé une règle de compétence exclusive pour cette action en nullité de la désignation de l'arbitre (évoquant également ce fondement possible, v° M. AUDIT, « L'action en nullité de la désignation d'arbitre comme substitut à l'action en nullité du contrat d'arbitre : le remède est-il préférable au mal », *op. cit.*, spé. p.1010). Sans connaître le fondement de la solution, donc la logique qui préside à son application, il semble difficile d'en étendre la portée pour considérer qu'elle devrait aussi s'appliquer à la responsabilité arbitrale.

¹¹⁰⁶ Dans le prolongement de l'affaire *Volkswagen* qui avait abouti à la nullité d'une sentence arbitrale pour constitution irrégulière du tribunal arbitral (Civ. 1^e, 3 octobre 2019, n°18-15.756), le tribunal judiciaire de Paris s'est récemment prononcé sur le juge compétent pour connaître d'une action en responsabilité de l'arbitre (TJ Paris, 31 mars 2021, n°19-00795). Cette décision, qui a fait application du règlement de Bruxelles I Bis pour retenir le critère du lieu où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis, pourrait être censurée par une juridiction supérieure et reste, pour l'heure, une décision isolée qui ne reflète pas une jurisprudence bien assise sur la question du juge compétent en matière de responsabilité arbitrale.

¹¹⁰⁷ Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matières civile et commerciale, faite à Lugano le 16 septembre 1988. Cette convention vise à régir les conflits de juridiction en matière civile et commerciale survenant dans les relations entre un ressortissant d'un pays membre de

Haye¹¹⁰⁸ ou le règlement dit Bruxelles I bis¹¹⁰⁹, soit sur le fondement de dispositions internes dédiées à la matière internationale, tels les articles 14 et 15 du Code civil, soit encore par le biais de dispositions internes qui ont été élevées pour trancher les questions internationales¹¹¹⁰, tels les articles 42 à 46 du Code de procédure civile.

Il est vrai que l'applicabilité des conventions internationales à la question de la responsabilité arbitrale est douteuse¹¹¹¹. Un jugement du tribunal judiciaire de Paris a

l'Union européenne et un ressortissant d'un des pays membres de l'Association européenne de libre-échange.

¹¹⁰⁸ Convention sur les accords d'élection du for, conclue le 30 juin 2005 à La Haye. Cette convention, qui avait pour ambition d'être une convention mondiale régissant la question de la compétence judiciaire, de l'exécution et de la reconnaissance des décisions en matière civile et commerciale (en ce sens, v° L. USUNIER, « La convention de la Haye du 30 juin 2005 sur les élections du for, Beaucoup de bruit pour rien ? », *Rev. Crit. DIP* 2010, spé. n°1, p.38), régit finalement les seules clauses d'élection de juridiction entre professionnels.

¹¹⁰⁹ Règlement (UE) n°1215/2012 du Parlement européen et du conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Ce règlement régit les conflits de juridiction en matière civile et commerciale entre les pays membres de l'Union européenne.

¹¹¹⁰ En ce sens, v° les jurisprudences dites Pelassa (Civ. 1^e, 19 octobre 1959, *Bull I*, n°416) et Scheffel (Civ. 1^e, 30 octobre 1962, *Bull I*, n°449).

¹¹¹¹ La Convention de Lugano et la Convention de la Haye excluent de manière très explicite l'arbitrage de leurs champs d'application respectifs. Cela ressort de l'article 2.4 de la Convention de La Haye (« *La présente Convention ne s'applique pas à l'arbitrage et aux procédures y afférentes* ») et de l'article 1, alinéa 2, 4), de la Convention de Lugano. Pour Bruxelles, que ce soit dans la version de 1968 (Convention de Bruxelles, article 1.4) ou dans les Règlement Bruxelles I (article 1.2.d) et Bruxelles I Bis (article 1.2.d), c'est « *l'arbitrage* » qui est évincé. La question de l'étendue de cette exclusion s'est donc posée (soulignant que la portée de l'exclusion de l'arbitrage n'est guère précise dans les règlements Bruxelles I et Bruxelles I bis, v° par ex. H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe, Règlement 44/2001 et 1215/2012, Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, LGDJ, coll. Droit des affaires, 5e édition, 2015, spé. n°46, p.51-52.). Certains auteurs considèrent que l'exclusion doit être entendue strictement et ne porter que sur les questions qui ont pour objet la procédure arbitrale (en ce sens, v° J.-F. POUDRET, S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, 2002, spé. n°441, p.393). D'autres auteurs, majoritaires, estiment que l'exclusion doit être entendue largement et ainsi viser l'ensemble des contentieux se rattachant à la matière arbitrale (v° M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, *Droit des contrats internationaux*, Sirey, 2^e édition, 2020, spé. n°90, p.76-77 ; A. MOURRE, A. VAGENHEIM, « A propos de la portée de l'exclusion de l'arbitrage dans le règlement n°44/2001, notamment après l'arrêt West Tankers de la CJCE », *Gazette du palais*, 18 juillet 2009, p.20 ; T. CLAY, *L'arbitre*, Dalloz, 2001, spé. n°1012, p.758 ; C. SERAGLINI, « Le juge du contrat d'arbitre : aspects de droit international privé », *op. cit.*, p.323 et s., spé. p.329-330), conformément à la position de la Cour de justice de l'Union européenne qui a jugé que « *les parties contractantes ont entendu exclure l'arbitrage en tant que matière dans son ensemble, y compris les procédures introduites devant les juridictions étatiques* » (CJCE, 25 juillet 1991, *Marc Rich & Co. AG contre Società Italiana Impianti PA*, C-190/89, spé. §18).

Si l'on admet que l'arbitrage est exclu en tant que matière dans son ensemble, il doit en aller de même de la responsabilité arbitrale. En effet, la responsabilité de l'arbitre, qu'elle soit contractuelle ou délictuelle, se rattache à la matière arbitrale. Elle présente des spécificités qui sont propres à l'arbitrage. D'une part, elle comporte une double nature, à la fois contractuelle et délictuelle. D'autre part, l'aspect délictuel de la responsabilité arbitrale oscille entre un principe d'immunité et un souci de ne pas consacrer une impunité complète de l'arbitre, ce qui détermine toute la question du fait générateur de la responsabilité de l'arbitre du fait de l'exercice de sa mission juridictionnelle (sur ce point, v° *infra*, n°372 et s.). En outre, qu'elle soit contractuelle ou délictuelle, la responsabilité de l'arbitre prend sa source dans des obligations imposées par des textes spécifiques à l'arbitrage. Ce sont des dispositions légales directement rattachées au corpus des textes du droit de l'arbitrage, énoncées au sein du Code de procédure civile au sein du Livre IV « *L'arbitrage* », qui imposent à l'arbitre d'être indépendant, d'être impartial ou encore de respecter le

toutefois fait application du règlement de Bruxelles I Bis à une action en responsabilité arbitrale¹¹¹². Si la décision n'est pas exempte de critiques¹¹¹³, elle présente le mérite de rappeler que l'applicabilité des conventions internationales en matière de responsabilité arbitrale n'a pas été tranchée définitivement par la jurisprudence. Sans pour autant prendre parti sur cette question du domaine d'application des textes internationaux, il nous semble utile d'examiner les critères que ces textes mettent en avant, pour s'interroger sur leur pertinence au sujet de la responsabilité de l'arbitre. C'est la raison pour laquelle nous envisagerons l'ensemble des critères posés par ces textes, pour démontrer leur inopportunité.

En effet, les critères ressortant des différents outils de détermination du juge compétent en matière internationale apparaissent inadaptés à la question de la responsabilité de l'arbitre et devront donc être écartés. Tel est le cas des critères

contradictoire. Toutes ces spécificités invitent à considérer que la responsabilité arbitrale ne relève pas d'une matière autonome qui serait de la responsabilité, mais se rattache bien à la matière de l'arbitrage, que les textes de Bruxelles excluent de leur champ d'application. L'exclusion de l'arbitrage du champ matériel de ces règlements peut donc être comprise comme s'étendant à la responsabilité de l'arbitre.

¹¹¹² TJ Paris, 31 mars 2021, n°19-00795.

¹¹¹³ En se fondant sur le considérant 12 du règlement de Bruxelles I Bis, le tribunal judiciaire de Paris retient que dès lors que l'action en responsabilité ne porte pas sur « *la constitution du tribunal arbitral, la convention d'arbitrage, ou la sentence arbitrale* », elle n'entrerait pas dans le domaine de l'exclusion de l'arbitrage posée par l'article 1 paragraphe 2 sous d). Or, le considérant 12 du règlement de Bruxelles I Bis énonce : « *Le présent règlement ne devrait pas s'appliquer à une action ou demande accessoire portant, en particulier, sur la constitution d'un tribunal arbitral, les compétences des arbitres, le déroulement d'une procédure arbitrale ou tout autre aspect de cette procédure ni à une action ou une décision concernant l'annulation, la révision, la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence arbitrale, ou l'appel formé contre celle-ci* ». En visant simplement « *la constitution du tribunal arbitral, la convention d'arbitrage, ou la sentence arbitrale* », le tribunal retient une lecture restrictive des exclusions du texte, alors même que la liste qui y figure n'est pas limitative, mais simplement illustrative, ce que traduit l'emploi de l'expression « *en particulier* » (en ce sens, également, v° P. CAPELLE, « La surprenante application du règlement Bruxelles I bis à l'action en responsabilité dirigée contre l'arbitre », *Dalloz actualité 17 mai 2021*). A cet égard, déjà, le jugement du tribunal judiciaire paraît contestable.

En outre, si, en l'espèce, l'action en responsabilité ne portait pas directement sur la question de la constitution du tribunal arbitral, ni sur la nullité de la sentence arbitrale, elle présentait néanmoins des liens étroits avec ces deux thématiques expressément exclues du domaine du règlement Bruxelles I bis. En effet, la responsabilité de l'arbitre était recherchée sur le fondement d'un manquement à son obligation de révélation, lequel avait conduit à l'annulation de la sentence arbitrale. Or, lorsque le manquement à l'obligation de révélation entraîne un doute raisonnable sur l'indépendance ou l'impartialité de l'arbitre, la nullité de la sentence est prononcée pour constitution irrégulière du tribunal (v° CA Paris, 10 mars 2011, *Rev. arb.*, 2011, spé. p.732 ; CA Paris, 12 février 2009, *Rev. arb.*, 2009, spé. p.186 ; relevant que l'obligation de révélation vise directement la question de la constitution du tribunal, v° P. GIRAUD, « Arbitrage – Droit de l'arbitrage », *JCP E.*, n°36, p.1405, spé. n°7). C'est précisément ce qu'il s'était produit en l'espèce. Il y a donc bien un lien entre le manquement à l'obligation de révélation (qui était invoqué au soutien de l'action en responsabilité), la constitution du tribunal et la nullité de la sentence (qui sont des questions expressément exclues du champ d'application du règlement Bruxelles I bis). En affirmant que l'action en responsabilité ne porte pas sur la constitution du tribunal arbitral, alors qu'elle lui est étroitement liée puisqu'elle est la conséquence directe de l'irrégularité de la constitution et de la nullité corrélative de la sentence, le tribunal adopte une position qui paraît, de nouveau, criticable (estimant que la solution manque de cohérence à cet égard, v° P. GIRAUD, « Arbitrage – Droit de l'arbitrage », *op. cit.*).

reposant sur le domicile ou la nationalité, qui peuvent se voir adresser des reproches identiques (§1), mais aussi des critères qui reposent sur la localisation de l'obligation (§2).

§1) Le domicile et la nationalité

305. Deux des critères de compétence juridictionnelle appliqués en droit positif s'avèrent inopportuns en matière de responsabilité arbitrale : il s'agit du domicile et de la nationalité. S'agissant de la nationalité, ce critère de compétence repose sur les articles 14 et 15 du Code civil, qui prévoient que le juge français est compétent lorsque le demandeur ou le défendeur est de nationalité française. Si l'on recourait à ce critère, la responsabilité civile de l'arbitre pourrait être soumise à la compétence du juge français à raison de la nationalité française de l'un des arbitres ou de l'une des parties. S'agissant du domicile, ce critère de compétence est évoqué par l'article 42 du Code de procédure civile, ainsi que par l'article 4 du règlement Bruxelles I bis et l'article 2 de la Convention de Lugano. Dans tous ces textes, une compétence est attribuée au juge du pays dans lequel vit le défendeur. Ainsi, l'application de ce critère du domicile conduirait à donner compétence aux juridictions françaises chaque fois que l'arbitre, défendeur à une action en responsabilité, aurait son domicile en France.

L'un et l'autre de ces critères paraissent devoir être écartés car ils présentent deux inconvénients majeurs.

306. D'abord, ils aboutissent à attribuer compétence à un juge qui peut n'avoir qu'un lien très éloigné avec l'arbitrage¹¹¹⁴ et *a fortiori* avec la responsabilité arbitrale. Prenons l'exemple d'un arbitrage organisé à l'étranger, entre des parties de nationalité étrangère dont aucune n'a son domicile en France, devant des arbitres dont aucun n'est Français, mais dont l'un d'eux seulement aurait son domicile en France. Le juge français serait compétent pour connaître de l'action en responsabilité contre l'arbitre domicilié en France. En revanche, dans le même arbitrage, avec le même siège, les mêmes parties, les mêmes arbitres, relativement au même enjeu, le juge français ne serait pas compétent dans le cas où aucun des arbitres n'aurait son domicile en France. De la

¹¹¹⁴ En ce sens, v° C. SERAGLINI, « Le juge du contrat d'arbitre : aspects de droit international privé », *op. cit.*, spé. p.330.

même façon, la nationalité française d'un seul arbitre ou d'une seule partie pourrait entraîner la compétence du juge français, alors même qu'aucun autre critère ne rattacherait la situation litigieuse à la France¹¹¹⁵.

Ces critères de rattachement, tirés du domicile du défendeur et de la nationalité de l'une des parties, paraissent bien trop éloignés de l'objet du litige pour être pertinents. En effet, le domicile ou la nationalité des parties n'ont pas d'importance lorsqu'il est question d'engager la responsabilité de l'arbitre ou du tribunal arbitral. Le juge français n'a pas d'intérêt particulier à connaître de la responsabilité d'un arbitre français ou domicilié en France, lorsque tous les autres éléments du litige (tenue de l'arbitrage, lieu de reddition de la sentence, lieu de conclusion du contrat d'arbitre, localisation des intérêts financiers arbitrés, etc.) sont situés à l'étranger. De fait, les critères du domicile et de la nationalité, qui sont des critères généraux de compétence, sont souvent mobilisés pour des questions en lien avec le statut personnel¹¹¹⁶, c'est-à-dire pour connaître de contentieux relatifs au nom, à la capacité, au mariage ou à la filiation¹¹¹⁷. Dans ces situations, l'utilisation de ces critères est très à propos, tant il apparaît naturel de donner compétence en matière de statut personnel au juge du pays avec lequel la personne en cause a un lien direct. La nationalité et le domicile sont deux liens directs qu'une personne entretient avec un Etat¹¹¹⁸. Pour autant, ces liens ne sont pas significatifs dans un contentieux qui a pour objet non pas le statut des personnes, mais la responsabilité civile. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle, en matière de responsabilité civile, les critères de rattachement généralement retenus pour déterminer la compétence du juge sont plutôt le lieu du dommage¹¹¹⁹, le lieu de réalisation du fait dommageable (en matière délictuelle)¹¹²⁰, ou bien le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande (en matière de responsabilité

¹¹¹⁵ Tel serait le cas par exemple d'un arbitrage organisé à l'étranger, entre des parties de nationalité étrangère dont aucune n'a son domicile en France, devant des arbitres dont aucun n'a son domicile en France mais dont l'un d'entre eux est de nationalité française.

¹¹¹⁶ En ce sens, le règlement Bruxelles II bis donne compétence aux juridictions « *de la nationalité des deux époux* » (article 3.1. b) pour connaître des contentieux divorce, à la séparation de corps et à l'annulation du mariage des époux.

¹¹¹⁷ Pour une définition en ce sens des sous-catégories constituant le statut personnel, v° P MAYER, V. HEUZE, B. REMY, *Droit international privé*, LGDJ, 12^e édition, 2019, spé. n°529, p.365.

¹¹¹⁸ En ce sens, v° P MAYER, V. HEUZE, B. REMY, *op. cit.*, spé. n°529, p.365.

¹¹¹⁹ En ce sens, v° par exemple article 46 du Code de procédure civile ou article 7.2 du règlement Bruxelles I Bis ou article 5.3 de la Convention de Lugano.

¹¹²⁰ Article 46 du Code de procédure civile.

contractuelle)¹¹²¹. Ces critères permettent en effet un rattachement plus opportun, en ce qu'ils sont liés à l'objet du litige.

307. Ensuite, les critères fondés sur le domicile et la nationalité présentent un risque important d'aboutir à une dispersion du litige, ce qui justifie d'autant plus de les mettre à l'écart. En effet, le litige devrait être porté devant des juges différents, pour un même fait générateur de responsabilité, à chaque fois que les parties voudraient engager la responsabilité de plusieurs arbitres de nationalités différentes ou ayant élu domicile dans des Etats différents. Ainsi, si l'on retient le critère de la nationalité, il faudra diviser le contentieux devant autant de juges qu'il y a d'arbitres de nationalités différentes au sein du tribunal arbitral, dans l'hypothèse où les parties souhaiteraient actionner la responsabilité de l'ensemble des membres du tribunal.

Le critère du domicile risquerait d'entraîner le même type de dispersion, ce qui ne serait évidemment pas souhaitable¹¹²². Il est vrai que l'éclatement du contentieux pourrait être évité avec le critère du domicile¹¹²³, dès lors qu'il est possible, en présence d'une pluralité de défendeurs, de tous les attirer devant le tribunal du domicile de l'un d'entre eux¹¹²⁴. Toutefois, dans cette hypothèse, le caractère superficiel du rattachement apparaît avec d'autant plus de force : est-il véritablement opportun d'attirer plusieurs arbitres devant le juge français du seul fait que l'un d'entre eux réside en France¹¹²⁵ ? Donner compétence aux juridictions françaises pour connaître de la responsabilité d'un arbitre qui a statué dans une procédure arbitrale sans aucun lien avec la France du seul fait que la responsabilité d'un autre arbitre, qui lui réside en France, est recherchée également, nous paraît peu souhaitable, tant les liens entre l'objet du litige et le juge français sont alors distendus. En outre, pour qu'une pluralité de défendeurs résidant en des lieux différents puissent être attirés devant le même juge, encore faudrait-il qu'il existe un lien étroit entre les actions engagées contre les différents arbitres¹¹²⁶, ce qui

¹¹²¹ En ce sens, v° par exemple Article 7.1. a du Règlement Bruxelles I Bis.

¹¹²² En ce sens, v° C. SERAGLINI, « Le juge du contrat d'arbitre : aspects de droit international privé », *op. cit.*, spé. p.335.

¹¹²³ Cela n'est pas possible pour le critère de la nationalité car l'exception de connexité n'est pas prévue pour ce critère de rattachement.

¹¹²⁴ C'est ce que permet l'article 42, alinéa 2, du Code de procédure civile, ou encore l'article 8.1 du Règlement de Bruxelles I Bis.

¹¹²⁵ En ce sens, v° C. SERAGLINI, « Le juge du contrat d'arbitre : aspects de droit international privé », *op. cit.*, spé. p.331.

¹¹²⁶ Il est de jurisprudence constante que pour se prévaloir de la prorogation de compétence de l'article 42, alinéa 2, du Code de procédure civile, il doit exister un lien entre les différentes actions engagées

n'est pas acquis¹¹²⁷. En effet, un lien étroit entre les actions pourrait certainement être reconnu lorsque le même comportement provoquant le même dommage sera reproché à plusieurs arbitres. En revanche, cela est moins certain lorsque les manquements reprochés aux différents arbitres seront distincts et auront causé des dommages différents. On peut par exemple imaginer un arbitre ayant violé l'obligation de confidentialité et ayant causé un préjudice d'image tandis qu'un autre aurait violé l'obligation de révélation, causant un préjudice tenant dans la perte des frais de l'arbitrage¹¹²⁸. Dans une telle hypothèse, il n'y a aucune crainte de voir des décisions contradictoires rendues. En effet, la solution quant à l'engagement de la responsabilité du premier est indépendante de la solution rendue au sujet de la responsabilité du second. En revanche, il est certain que le contentieux serait dispersé.

Outre ces critères qu'il faut exclure parce qu'ils impliquent non seulement un rattachement trop éloigné mais aussi, potentiellement, une dispersion des compétences, d'autres critères doivent être exclus, notamment parce qu'ils sont trop incertains dans leur mise en œuvre : tel est le cas des critères qui reposent sur la localisation de l'obligation.

§2) La localisation de l'obligation

308. La localisation de l'obligation est un critère que l'on trouve énoncé sous différentes formes dans plusieurs textes ayant pour objet de déterminer le juge compétent¹¹²⁹. En matière contractuelle, compétence est attribuée tantôt au juge de « l'exécution de la prestation de services »¹¹³⁰, tantôt à celui du lieu « où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis »¹¹³¹, du lieu « de la livraison

envers les différents demandeurs (Com., 7 avril 1987, n°85-11.225, *Bull IV*, n°86 ; Civ. 2^e, 10 mars 2004, n°01-15.725, *Bull II*, n°107).

¹¹²⁷ Énonçant que l'exception de connexité n'est pas évidente à faire jouer, s'agissant de l'exception de connexité prévue par le règlement Bruxelles I et Bruxelles I Bis, v° D. ALEXANDRE, A. HUET, *Répertoire de droit international, Dalloz*, v° Compétence judiciaire européenne, reconnaissance et exécution des décisions en matières civile et commerciale – Procédures d'application des règles de compétence, 2019, spé. n°321.

¹¹²⁸ Sur les dommages indemnisables, v° *infra*, n°454 et s.

¹¹²⁹ On trouve ce critère sous des formes différentes dans le Code de procédure civile, ou encore dans le règlement de Bruxelles I et Bruxelles I Bis.

¹¹³⁰ Article 46 du Code de procédure civile.

¹¹³¹ Article 7.1.b du Règlement Bruxelles I Bis ; dans le même sens article 5.1. b de la Convention de Lugano du 30 octobre 2007 ; article 5.1.b du règlement de Bruxelles I.

effective de la chose »¹¹³², ou encore à celui du lieu où, « *en vertu du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées* »¹¹³³. En matière délictuelle, compétence est attribuée tantôt à la juridiction « *du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi* »¹¹³⁴ tantôt à celle « *où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire* »¹¹³⁵.

Quelle que soit la forme qu'il prend, le critère de la localisation de l'obligation nous paraît devoir être écarté en matière de responsabilité arbitrale et ce, pour trois raisons. D'abord, l'applicabilité de ce critère, tel qu'il est énoncé dans certains textes, est douteuse. Ensuite, sa mise en œuvre suscite des difficultés qui compliquent son utilisation. Enfin, son application risque, là encore, de conduire à une dispersion des compétences judiciaires.

309. En premier lieu, l'applicabilité du critère à la question de la responsabilité de l'arbitre n'est pas toujours évidente. Ainsi, l'article 46 du Code de procédure civile définit la compétence judiciaire en matière contractuelle en fonction du « *lieu de la livraison effective de la chose ou du lieu de l'exécution de la prestation de service* ». L'arbitrage n'impliquant pas la livraison d'une chose, la question se pose de savoir s'il peut être assimilé à une prestation de services. Cela n'est pas évident, car il n'est pas assuré que trancher un litige s'assimile à la réalisation d'une prestation de services. Cette notion qui doit être interprétée strictement¹¹³⁶ renvoie à la réalisation « *d'un travail* »¹¹³⁷. Or, la fonction de trancher le litige qui est celle de l'arbitre est une fonction toute particulière, normalement confiée uniquement aux juges étatiques. Ainsi, il pourrait être retenu que cette fonction est à ce point spéciale qu'elle n'entre pas dans la notion de « *prestation de services* » de l'article 46 du Code de procédure civile. Ce seul doute est là encore source d'incertitude et doit donc conduire au rejet de l'application de ce critère.

¹¹³² Article 46 du Code de procédure civile.

¹¹³³ Article 7.1.b du règlement Bruxelles I bis ; dans le même sens article 5.1.b de la Convention de Lugano du 30 octobre 2007 ; article 5.1.b du règlement de Bruxelles I.

¹¹³⁴ Article 46 du Code de procédure civile.

¹¹³⁵ Article 7.2 du règlement Bruxelles I Bis ; dans le même sens article 5.3 de la Convention de Lugano du 30 octobre 2007 ; article 5.3 du règlement Bruxelles I.

¹¹³⁶ En ce sens, v° Y. STRICKLER, « Les limites de l'option offerte par l'article 46 du Code de procédure civile », *Procédures*, 2019, comm.246.

¹¹³⁷ M. DOUCHY-OUDOT, *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, v° Compétence, 2014, spé. n°83.

De la même façon, le règlement Bruxelles I bis¹¹³⁸ prévoit une application particulière des règles de compétence en matière contractuelle pour les contrats de « *fournitures de services* ». Cela pose également la question de savoir si l'arbitrage correspond à une « *fourniture de services* », ce qui n'est pas acquis¹¹³⁹. La notion de « *fournitures de service* » est propre au droit communautaire et relève d'une acception autonome affranchie des éventuelles définitions de droit national¹¹⁴⁰. Cette notion, dont les contours sont difficiles à cerner¹¹⁴¹, a été définie par la Cour de justice de l'Union européenne comme « *impliqu(ant), pour le moins, que la partie qui les fournit effectue une activité déterminée en contrepartie d'une rémunération* »¹¹⁴². Le contrat d'arbitre est-il un contrat par lequel l'arbitre s'engage à exercer une « *activité déterminée en contrepartie d'une rémunération* » ? La rémunération ne posant aucune difficulté, tout le débat réside dans la possibilité de considérer ou non que le fait de trancher un litige s'assimile à « *une activité déterminée* ». Or, cela peut être mis en doute, dans la mesure où, traditionnellement, seuls les juges rattachés à un Etat peuvent exercer ce type d'activité. L'activité paraît alors trop spécifique pour pouvoir être confondue avec d'autres activités qualifiées de « *fournitures de services* »¹¹⁴³.

On le voit, l'applicabilité des notions de « *prestation de services* » ou de « *fourniture de services* » à l'arbitrage n'est pas évidente, ce qui fait déjà planer un premier doute sur l'opportunité des critères posés par les textes qui y recourent.

310. En deuxième lieu, et de manière plus dirimante, les critères tenant à la localisation de l'obligation, tant en matière contractuelle que délictuelle, présentent des difficultés de mise en œuvre s'agissant de la responsabilité arbitrale.

S'agissant de la matière contractuelle, le Code de procédure civile donne compétence au juge du lieu « *de l'exécution de la prestation de service* », tandis que les règlements Bruxelles I et Bruxelles I bis l'attribuent au juge du lieu où les services se

¹¹³⁸ Tel est aussi le cas du règlement Bruxelles I ou de la convention de Lugano.

¹¹³⁹ En ce sens, v° C. SERAGLINI, « Le juge du contrat d'arbitre : aspects de droit international privé », *op. cit.*, spé. p.331.

¹¹⁴⁰ En ce sens, v° CJCE, 23 avril 2009, affaire n°C-533/07.

¹¹⁴¹ En ce sens, v° H. GAUDEMET-TALLON, Compétente et exécution des jugements en Europe, Matières civile et commerciale, Règlement 44/2001 et 1215/2012 Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007), *op. cit.*, spé. n°188-2, p.231.

¹¹⁴² CJCE, 23 avril 2009, affaire n°C-533/07.

¹¹⁴³ Dans son jugement du 31 mars 2021, le tribunal judiciaire de Paris (TJ Paris, 31 mars 2021, n°19-00795) a retenu que le contrat d'arbitre était un contrat de fourniture de service au sens du règlement. Toutefois, cette qualification, qui n'était pas débattue par les parties, n'a pas été justifiée par le tribunal. Elle reste contestable, au regard des éléments que l'on vient de souligner.

sont ou auraient dû s'exécuter. Dans les deux cas, cette localisation est problématique. Quel est le lieu d'exécution de l'activité de l'arbitre ? S'agit-il du lieu où les arbitres ont délibéré ? De celui où la sentence a été rendue ? De celui où les audiences ont été organisées ? En outre, toutes les obligations de l'arbitre ont-elles vocation à s'exécuter en un même lieu ? Comment identifier le lieu d'exécution des obligations négatives, telles que l'obligation de confidentialité ? Qu'en est-il de l'obligation de respecter les délais de la procédure arbitrale ? Identifier le lieu d'exécution des obligations de l'arbitre n'est, on le voit, pas aisé¹¹⁴⁴.

Le même type de difficulté se retrouve en matière de responsabilité délictuelle. En ce domaine, la convention de Lugano, en son article 5.3, le Code de procédure civile, en son article 46, et le règlement Bruxelles I bis, en son article 7-2, prévoient la compétence de la juridiction du lieu où le fait dommageable s'est produit¹¹⁴⁵. Or, comment localiser le fait générateur lorsque l'obligation méconnue a vocation à s'exécuter en des lieux différents ? Où situer, par exemple, le fait générateur de responsabilité en présence d'un manquement de l'arbitre à son obligation d'indépendance ? De même, l'article 46 du Code de procédure civile désigne aussi la juridiction du lieu où le dommage a été subi. Là encore, cette localisation peut être délicate. Quel lieu retenir lorsqu'un même comportement aura conduit à des préjudices différents, tenant par exemple au montant des honoraires des conseils des parties, aux frais de tenue des audiences d'arbitrage, et aux frais d'expertise¹¹⁴⁶, lesquels peuvent avoir été assumés en des lieux distincts ?

Les difficultés de mise en œuvre de ces critères de localisation de l'obligation, qu'elle soit contractuelle ou délictuelle, sont autant d'arguments qui militent en faveur d'un rejet de ces critères en matière de responsabilité arbitrale.

311. En troisième lieu, ces critères créent un risque important de dispersion du contentieux, spécifiquement sur la question de la responsabilité de l'arbitre, ce qui n'est

¹¹⁴⁴ Il se peut que la localisation soit facile dans certains cas, comme dans l'affaire ayant donné lieu au jugement du tribunal judiciaire de Paris du 31 mars 2021 (TJ Paris, 31 mars 2021, n°19-00795). Les juges ont cherché à identifier le lieu où l'arbitre « *a effectivement réalisé, de manière prépondérante, sa prestation intellectuelle d'arbitre* » et retenu, pour le situer en Allemagne, le lieu des audiences, des réunions et des délibérations. Il reste néanmoins que tout dépend des circonstances de l'espèce et que ces différentes étapes du déroulement de l'arbitrage pourraient tout à fait être situées en des lieux différents.

¹¹⁴⁵ Prévoyant le même critère : dans le même sens article 5.3 de la Convention de Lugano du 30 octobre 2007 ; article 5.3 du Règlement Bruxelles I.

¹¹⁴⁶ V° *infra* n°460-461 et n°464 et s., s'agissant des chefs de préjudice qu'un arbitre peut être conduit à indemniser du fait de manquement à ses obligations.

jamais souhaitable. Cette dispersion des compétences pourrait tout aussi bien se produire au sein du même ordre de responsabilité que lorsqu'il est reproché deux manquements se rattachant, pour l'un, à la responsabilité contractuelle, pour l'autre, à la responsabilité délictuelle de l'arbitre.

En effet, on peut tout à fait imaginer qu'une partie reproche à un même arbitre deux manquements à des obligations contractuelles différentes dont la localisation se ferait dans deux pays différents. Il pourrait en aller ainsi lorsqu'un arbitre aura méconnu son obligation de participer à la constitution du tribunal arbitral et son obligation de révélation. Le juge compétent pour connaître de la violation de l'obligation de constitution du tribunal arbitral serait le juge du lieu où les audiences doivent se tenir¹¹⁴⁷, tandis que pour l'obligation de révélation, c'est le juge du lieu où l'arbitre aurait dû transmettre l'information qui devrait être compétent¹¹⁴⁸. Dans une telle hypothèse, deux juges seraient compétents dès lors que les lieux de localisation de ces deux obligations correspondent à deux pays différents. De la même façon, il pourrait par exemple être reproché à l'arbitre deux manquements à ses obligations juridictionnelles survenus en des lieux distincts¹¹⁴⁹. Ainsi, par exemple, il pourrait être reproché à l'arbitre d'avoir violé le principe du contradictoire, auquel cas le manquement serait localisé au lieu de tenue des audiences¹¹⁵⁰, mais aussi d'avoir manqué au secret du délibéré, un tel manquement devant être localisé au lieu où a été révélée l'information liée au délibéré¹¹⁵¹. Dans ce cas encore, si ces lieux correspondent à deux pays différents, deux juges distincts seraient compétents.

Enfin, une dispersion du litige pourra aussi se produire lorsqu'il sera reproché à un arbitre d'avoir manqué à la fois à une obligation contractuelle et à une obligation juridictionnelle. Ce sera par exemple le cas de l'arbitre qui aura manqué à son obligation contractuelle de révélation ainsi qu'à son obligation juridictionnelle de respecter le principe du contradictoire. Dans cette situation, le manquement à l'obligation de

¹¹⁴⁷ A supposer qu'on puisse surmonter la difficulté liée à la localisation du lieu d'exécution de l'obligation et que, s'agissant de l'obligation de confidentialité, celle-ci soit localisée au lieu où l'information est révélée.

¹¹⁴⁸ Là encore, faut-il que la difficulté soit dépassée et que l'exécution de l'obligation de révélation soit localisée au lieu où l'arbitre transmet l'information des liens qu'il entretient avec les parties ou leurs conseils.

¹¹⁴⁹ Pour la définition que nous proposons de la faute de nature à engager la responsabilité délictuelle de l'arbitre, v° *infra*, n°407 et s..

¹¹⁵⁰ A supposer que cette localisation soit exacte. Elle pourrait tout à fait être contredite si on imaginait que la violation du contradictoire tenait dans le fait que l'arbitre ait accepté la production d'une pièce postérieurement aux audiences sans laisser le temps à la partie adverse d'en débattre.

¹¹⁵¹ A supposer cette localisation exacte.

révélation devrait être soumis au juge du lieu d'exécution de l'obligation, soit le lieu où l'information doit être transmise¹¹⁵², tandis que le manquement à l'obligation de respecter le principe du contradictoire devrait être soumis au juge du lieu où s'est produit le fait dommageable, soit, le lieu où les audiences se sont tenues¹¹⁵³.

Dans toutes ces situations, les critères tenant à la localisation de l'obligation risquent d'aboutir à désigner plusieurs juges compétents pour connaître d'un litige afférent au même arbitrage. Ces facteurs de dispersion du contentieux doivent être évités parce qu'ils risquent d'aboutir à des décisions contradictoires, donc à une incohérence d'ensemble sur la question de la responsabilité de l'arbitre.

L'ensemble de ces éléments font apparaître l'inopportunité de retenir les critères de compétence généraux que propose le droit positif. Tantôt ils sont trop éloignés des questions de responsabilité civile de l'arbitre ; c'est le cas du domicile et de la nationalité. Tantôt leur application tout comme leur mise en œuvre sont malaisées ; c'est le cas des critères reposant sur la localisation de l'obligation. En outre, l'ensemble de ces critères sont susceptibles de conduire à une dispersion des compétences, entraînant avec elle le risque de décisions contradictoires. Cela nous conduit donc à écarter les critères envisagés pour proposer d'en retenir d'autres, plus opportuns.

Section 2 : Les critères proposés

Deux critères de compétence juridictionnelle nous semblent devoir être retenus parce qu'ils apparaissent adaptés à la responsabilité arbitrale. Le premier, principal, repose sur l'expression de la volonté des parties (§1), lesquelles devraient avoir le pouvoir de désigner le juge compétent pour trancher de la question de la responsabilité de l'arbitre. Le second critère, subsidiaire, devrait trouver à s'appliquer à défaut de choix exprimé par les parties, et reposer sur un rattachement unique pour tous les litiges relatifs à la responsabilité arbitrale : le rattachement à la juridiction du siège de l'arbitrage (§2).

¹¹⁵² A supposer cette localisation exacte.

¹¹⁵³ Sous la double réserve de l'exactitude de la localisation et de son absence de contestation.

§1) La volonté des parties

Les parties au contrat d'arbitre peuvent, par l'expression de leur volonté, décider du juge compétent¹¹⁵⁴. Pour ce faire, elles peuvent recourir à une clause attributive de compétence qui aura pour objet de déterminer le juge judiciaire compétent ou même à une clause compromissoire attribuant à un arbitre la compétence pour connaître du litige. Rien ne s'oppose en effet à ce qu'un litige portant sur la responsabilité arbitrale soit confié à un arbitre (A), tout comme il peut être confié à un juge (B) par l'intermédiaire d'une clause qui pourrait être insérée, *a priori*, dans le contrat d'arbitre ou dans l'acte de mission, voire dans le règlement d'arbitrage ou même dans la convention d'arbitrage. On pourrait aussi imaginer que cette convention soit formée, *a posteriori*, c'est-à-dire après la naissance du dommage, dans une convention dédiée à la question de la responsabilité de l'arbitre.

A) La compétence attribuée à l'arbitre

La possibilité de compromettre en matière de responsabilité arbitrale doit d'abord être vérifiée (1), avant que soit envisagée la question de l'interprétation des conventions d'arbitrage confiant à un arbitre le soin de trancher une question de responsabilité arbitrale (2).

1. *La possibilité de soumettre à l'arbitrage les conflits de responsabilité arbitrale*

312. Si la question de la responsabilité d'un arbitre se pose, c'est nécessairement parce que les parties au litige initial ont eu la volonté de soumettre à l'arbitrage le contentieux qui les opposait. La volonté est, on le sait, un élément central de l'arbitrage. Les parties au contrat d'arbitre devraient donc pouvoir choisir l'arbitrage pour trancher les questions de responsabilité des arbitres, à moins qu'il n'existe en arbitrage un frein qui justifierait de les en empêcher. Cela renvoie à la question de l'arbitrabilité du litige : pour que la convention d'arbitrage soit valable, elle doit avoir un objet licite, ce qui

¹¹⁵⁴ Civ. 1^e, 17 décembre 1985, n°84-16.338, *Bull I*, n°354.

implique notamment que le litige qu'elle soumet à l'arbitrage soit susceptible d'être tranché par cette voie.

Classiquement, l'arbitrabilité se vérifie subjectivement¹¹⁵⁵, par rapport aux parties à la cause, et objectivement, au regard des droits ou de la matière litigieuse. Or, ni l'une, ni l'autre de ces dimensions de l'arbitrabilité ne semblent poser de difficulté au sujet de la responsabilité arbitrale. Il devrait donc être possible de donner compétence à un tribunal arbitral pour connaître de la responsabilité arbitrale.

313. Ainsi, subjectivement, les parties au contrat d'arbitre ne doivent être frappées d'aucune interdiction de recourir à l'arbitrage. S'agissant des victimes qui cherchent à engager la responsabilité de l'arbitre, la possibilité de recourir à l'arbitrage ne devrait poser aucune difficulté : si elles ont pu compromettre au sujet de leur litige de fond, tranché une première fois par un arbitre, il n'y a pas de raison qu'elles ne puissent pas de nouveau compromettre sur la question de la responsabilité de l'arbitre qu'elles avaient désigné pour trancher leur litige. Il en va notamment ainsi dans le cas où la procédure arbitrale litigieuse a opposé un Etat à un investisseur dans un arbitrage CIRDI : si ces parties ont pu compromettre au sujet de leur litige au fond, elles le peuvent également au sujet de la responsabilité née de cette première procédure.

Pour les personnes morales de droit public, les choses peuvent être plus discutées. Dans la mesure où le litige est international¹¹⁵⁶ et ne porte pas sur l'une des matières pour lesquelles la question de l'arbitrabilité subjective demeure¹¹⁵⁷, les personnes de droit public peuvent recourir à l'arbitrage. Ainsi, on peut imaginer que si la recherche de la responsabilité de l'arbitre met en cause les intérêts du commerce international¹¹⁵⁸, il apparaît que même une personne morale de droit public pourrait compromettre relativement à la responsabilité civile d'un arbitre. En matière interne, en

¹¹⁵⁵ L'arbitrabilité subjective fait l'objet de débat (exposant ce débat, v° P. YOKA, « Arbitrage des litiges administratifs : un printemps en automne », *JCP Adm*, 2010, spé. n°1, p.2334). Certains considèrent que l'arbitrabilité subjective n'existe pas et qu'elle est confondue avec une question de capacité d'une des parties à la cause de recourir à l'arbitrage (en ce sens, v° J.-F. POUURET, S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international, op cit.*, spé. n°228, p.190 ; C. JARROSSON, « L'arbitrabilité, présentation méthodologique », *RJ Com.*, 1996, spé. n°2 et s., p.1 et s. ; P FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, spé. n°536 et s., p.331 et s. ; J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, PUF, 1^e édition, 2016, spé. n°200, p.150).

¹¹⁵⁶ Depuis l'arrêt *Galakis* (Civ. 1^e, 2 mai 1966, *Bull* n°256), le principe veut que les personnes de droit public peuvent compromettre en matière internationale.

¹¹⁵⁷ Il en va ainsi des litiges concernant les contrats de délégation de service public et les conventions d'occupation du domaine public (en ce sens, v° J.-B. RACINE, *op.cit.*, spé. n°216, p.161).

¹¹⁵⁸ Ce qui fait alors de l'arbitrage un arbitrage international conformément aux dispositions de l'article 1504 du Code de procédure civile.

revanche, le principe est inverse : les personnes morales de droit public ne peuvent pas compromettre, conformément aux dispositions de l'article 2060, alinéa 1^{er}, du Code civil. Ce principe connaît néanmoins des exceptions, lesquelles ressortent toutes de dispositions spéciales éparses qui sont récapitulées à l'article L.311-6 du Code de la justice administrative¹¹⁵⁹. Aucune ne vise la responsabilité civile de l'arbitre. Ainsi, quand le contentieux de la responsabilité de l'arbitre ne met pas en jeu les intérêts du commerce international, il n'est pas certain que les personnes morales de droit public pourront compromettre dès lors qu'aucune disposition particulière ne les y autorise. Cependant, il nous semble que si une personne morale de droit public recherche la responsabilité d'un arbitre ayant statué dans une matière dans laquelle celle-ci peut compromettre, on devrait alors pouvoir considérer que la personne morale de droit public peut soumettre cette action en responsabilité à un arbitrage, par une extension de l'arbitrabilité du litige au fond.

S'agissant ensuite de l'arbitre dont la responsabilité est engagée, rien ne s'oppose non plus à ce qu'il puisse accepter de soumettre à un arbitre la question de sa responsabilité. En effet, dès lors que l'arbitre n'est pas une personne morale de droit public, la question de l'arbitrabilité subjective¹¹⁶⁰ ne se pose pas.

314. L'arbitrabilité objective, quant à elle, suppose que les droits ou la matière litigieuse ne comptent pas parmi ceux sur lesquels il est interdit de compromettre. Elle ne pose guère de difficulté. En effet, les arbitres sont à même de connaître tant des litiges de responsabilité contractuelle que de responsabilité délictuelle¹¹⁶¹. Rien n'y fait obstacle¹¹⁶². Ils peuvent donc être compétents pour connaître des litiges liés à la

¹¹⁵⁹ Par exemple, l'article L. 511-13 du Code de l'énergie permet à l'Etat de compromettre dans le secteur de l'énergie hydraulique ou encore l'article L.2141-5 du Code des transports permet à la SCNF de recourir à l'arbitrage ce qui est aussi le cas de la Banque publique d'investissement-Groupe sur le fondement de l'article 5, alinéa 1^{er}, de l'ordonnance du 256 juillet 2005, tel que modifié par la loi du 31 décembre 2012.

¹¹⁶⁰ A considérer que la question de la capacité d'une personne à soumettre un litige à l'arbitrage relève de l'arbitrabilité subjective. En ce sens, v° *supra* n°313.

¹¹⁶¹ En ce sens, v° M. AUDIT, O. CUPERLIER, « Arbitrage, loi de police et responsabilité délictuelle », *D.*, 2010, p.2884, spé. n°5 ; P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, spé. n°524, p.322 ; P. FOUCHARD, note sous Com., 9 juillet 1974, *Rev. arb.*, 1976, spé. p.107.

¹¹⁶² Il faut toutefois réserver l'hypothèse dans laquelle l'arbitre serait opposé à des consommateurs. Dans ce cas, la clause du contrat d'arbitre qui soumettrait à l'arbitrage les litiges portant sur la responsabilité de l'arbitre pourrait être présumée abusive par le Code de la consommation. En effet, l'article R212-2 de ce Code pose une présomption simple selon laquelle est abusive la clause qui tend à « *supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le*

responsabilité arbitrale¹¹⁶³. Cette position, au moins pour l'aspect contractuel de la responsabilité de l'arbitre, a pu être prise par Monsieur Seraglini suivant lequel « *cette possibilité* [i.e. compromettre pour le contentieux lié au contrat d'arbitre] *ne devrait pas être discutée, au moins dans son principe* »¹¹⁶⁴. Pour l'aspect délictuel de la responsabilité arbitrale, rien ne devrait s'opposer à son arbitrabilité, quand bien même la responsabilité de l'arbitre serait alors recherchée à raison de l'exercice de sa fonction juridictionnelle. En effet, dès lors que l'arbitre exerce une mission de justice privée, à l'inverse de la responsabilité du juge qui intéresse directement la souveraineté de l'Etat et justifie l'inarbitrabilité d'un tel contentieux¹¹⁶⁵, les lois étatiques n'ont pas de raison de faire échapper la responsabilité encourue dans ce cadre à la justice arbitrale.

Si l'on admet que rien ne s'oppose à l'arbitrabilité de la responsabilité de l'arbitre, encore faut-il savoir quand les parties ont effectivement décidé de soumettre cette question à l'arbitrage. Se pose alors le problème de l'interprétation des conventions d'arbitrage.

2. L'interprétation des conventions soumettant à l'arbitrage les conflits de responsabilité arbitrale

315. La question de l'interprétation des conventions d'arbitrage ne se posera pas systématiquement. En effet, chaque fois que les parties se seront montrées extrêmement précises, il n'y aura aucune difficulté. Tel sera le cas lorsque les parties auront prévu que « *tout litige relatif à la responsabilité, contractuelle et/ou délictuelle, des arbitres sera résolu par l'arbitrage* ». Avec ce type de formule, tous les aspects de la responsabilité de l'arbitre seront expressément soumis à l'arbitrage. En revanche, pour

consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges ». Or, l'arbitre doit être considéré comme un professionnel au sens du Code de la consommation (sur ce point v° *infra* n°489) de sorte que cette disposition est susceptible de s'appliquer au contrat d'arbitre lorsque l'arbitre a contracté avec des consommateurs.

¹¹⁶³ En ce sens, v° C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitre interne et international*, Domat, 2^e édition, 2019, spé. n°636, p.586.

¹¹⁶⁴ C. SERAGLINI, « Le juge du contrat d'arbitre : aspects de droit international privé », in *Droit sans frontières, Mélanges en l'honneur d'Eric Loquin*, LexisNexis, 2019, p. 323 et s., spé. p.328.

¹¹⁶⁵ C'est au nom de la souveraineté nationale qu'il est considéré que les conflits fiscaux qui opposent l'Etat aux contribuables ne sont pas arbitrables (en ce sens, v° J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, PUF, 2016, 1^e édition, spé. n°238, p.183 ; ou encore E. LOQUIN, *Encyclopédie JurisClasseur Procédure civile*, v° Fasc. 1800-50, Arbitrage, Convention d'arbitrage, Conditions de fond, Litige arbitral, 2021, spé. n°52).

toutes les clauses rédigées autrement, la question de leur interprétation par l'arbitre¹¹⁶⁶ peut se poser.

316. Or, deux principes d'interprétation coexistent en matière d'arbitrage. Historiquement, la clause d'arbitrage a été soumise à un principe d'interprétation stricte¹¹⁶⁷ suivant lequel n'est soumis à l'arbitrage que ce que les parties ont expressément prévu dans leur convention d'arbitrage. Toutefois, ce mode d'interprétation est aujourd'hui, selon Messieurs Seraglini et Ortscheidt, « *très largement écarté* »¹¹⁶⁸. En effet, les arbitres sont très attentifs à ce que l'interprétation stricte de la convention ne soit pas utilisée par une partie de mauvaise foi fondant sa discussion sur les maladresses rédactionnelles dans le seul but d'échapper à l'arbitrage¹¹⁶⁹. Ainsi, l'interprétation stricte a tendance à être écartée par les arbitres lorsqu'elle est invoquée par une partie de mauvaise foi souhaitant échapper à l'arbitrage. On imagine aisément que cela puisse se produire assez régulièrement. L'interprétation stricte est également abandonnée lorsqu'elle aboutit à une dispersion du contentieux : elle est alors délaissée au profit d'une interprétation dite de « *l'effet utile* »¹¹⁷⁰ qui aurait, selon Monsieur Loquin¹¹⁷¹, remplacé, dans l'arbitrage moderne, le principe de l'interprétation stricte. Le principe de l'effet utile est fondé sur l'ancien article 1157 du Code civil¹¹⁷², que certains considèrent comme « *une règle d'interprétation universellement reconnue* »¹¹⁷³. Cette règle d'interprétation est pensée pour éviter un éclatement des compétences qui pourrait être créé par une interprétation stricte de la convention d'arbitrage. Ainsi, lorsque l'interprétation stricte de la convention d'arbitrage conduit à une dispersion du contentieux, ce qui nuit à une bonne administration de la justice, les arbitres ont

¹¹⁶⁶ Le principe compétence-compétence veut que ce soit à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence et donc d'interpréter la clause qui lui attribue compétence.

¹¹⁶⁷ C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitre interne et international*, op. cit., spé. n°710, p.690-691.

¹¹⁶⁸ *Ibid.*.

¹¹⁶⁹ En ce sens, V° Sentence CIRDI rendue le 25 septembre 1983, *Amco*, obs. E. GAILLARD, *Journal du droit international (Clunet)*, 1986, p.200, spé. p.207.

¹¹⁷⁰ En ce sens, v° C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitre interne et international*, op. cit., spé. n°710, p.691.

¹¹⁷¹ En ce sens, v° E. LOQUIN, *Encyclopédie JurisClasseur Procédure civile*, v° Fasc. 1032, Arbitrage, Compétence arbitrale, Investiture arbitrale, Etendue, Mai 2016, spé. n°11.

¹¹⁷² Dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, texte énoncé : « Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun ».

¹¹⁷³ En ce sens, v° Sentence CCI n°1434 (1975), obs. Y. DERAIS, *Journal du droit international (Clunet)*, 1976, spé. p.978 ; P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op cit., spé. n°478, p.279.

tendance à opter pour une interprétation qui produit l'effet inverse. Concernant les conventions qui soumettent à l'arbitrage les conflits de responsabilité arbitrale, les difficultés d'interprétations peuvent être diverses et inviter à retenir l'un ou l'autre de ces principes.

317. Trois situations peuvent entraîner des discussions quant à l'interprétation à retenir.

D'abord, une question d'interprétation pourra se poser pour les clauses qui attribuent compétence à un arbitre pour connaître de la responsabilité civile de l'arbitre, sans préciser la nature de la responsabilité. Tel serait par exemple le cas d'une clause stipulant que « *tout litige relatif à la responsabilité civile des arbitres sera résolu par l'arbitrage* ». Ce type de clause pècherait par généralité, si l'on admettait la double nature de la responsabilité arbitrale, à la fois contractuelle et délictuelle. Dans un tel cas, il faudrait, semble-t-il, retenir qu'en réalité les parties ont souhaité soumettre à l'arbitrage non seulement les questions de responsabilité contractuelle mais également celles liées à la responsabilité délictuelle. L'interprétation en ce sens, qui pourrait être retenue aussi bien en appliquant une interprétation stricte qu'une interprétation suivant le principe de l'effet utile, éviterait un éclatement du contentieux contraire à une bonne administration de la justice¹¹⁷⁴. Une telle position est d'ailleurs partagée en jurisprudence¹¹⁷⁵ et en doctrine¹¹⁷⁶.

Ensuite, des difficultés pourraient également survenir pour les clauses attribuant compétence à l'arbitre pour connaître soit de la responsabilité contractuelle soit de la responsabilité délictuelle. De telles clauses pourraient ainsi être rédigées : « *tout litige relatif à la responsabilité contractuelle des arbitres sera résolu par l'arbitrage* » ; ou encore, « *tout litige relatif à la responsabilité délictuelle des arbitres sera résolu par l'arbitrage* ». Il nous semble qu'il faille, en cette hypothèse, délaiss

¹¹⁷⁴ M. AUDIT, O. CUPERLIER, « Arbitrage, loi de police et responsabilité délictuelle », *D.*, 2010, p.2884, spé. n°6. La réunion de deux affaires lorsqu'elles sont liées est également plébiscitée par le Code de procédure civile en son article 101.

¹¹⁷⁵ V° Com., 9 juillet 1974, n°73-12.679, Bull V, n°223 (alors qu'une clause compromissoire énonçait « en cas de litige survenant pendant la durée et à propos de l'exécution du présent contrat, les parties conviennent de s'en rapporter à un tribunal arbitral », la Cour de cassation juge que les arbitres sont compétents pour connaître de manquements délictuels s'ils se rattachent aux stipulations contractuelles).

¹¹⁷⁶ En ce sens, v° C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitre interne et international*, op. cit., spé. n°712, p.693 ; L.-F. PIGNARRE, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, v° Convention d'arbitrage, 2013, spé. n°136 et s. ; E. LOQUIN, *Encyclopédie JurisClasseur Procédure civile*, v° Fasc. 1032, Arbitrage, Compétence arbitrale, Investiture arbitrale, Etendue, 2016, spé. n°10.

principe de l'interprétation stricte au profit de l'effet utile. Ce type de clause visant un seul type de responsabilité devrait être interprété largement : si les parties n'ont pas expressément exclu de l'arbitrage un type de responsabilité, il faut considérer qu'elles ont souhaité soumettre à l'arbitre non seulement la responsabilité visée, mais aussi celle passée sous silence¹¹⁷⁷. Retenir une autre interprétation aboutirait à un partage des compétences et nuirait à une bonne administration de la justice. En revanche, l'approche devrait être différente dans les cas où les parties ont expressément soumis à l'arbitrage un type de responsabilité et exclu un autre. Tel serait le cas de clauses rédigées ainsi : « *Tout litige relatif à la responsabilité contractuelle des arbitres sera résolu par l'arbitrage. En revanche, les litiges relatifs à la responsabilité délictuelle ne seront pas résolus pas l'arbitrage* » ; ou encore, « *Tout litige relatif à la responsabilité délictuelle des arbitres sera résolu par l'arbitrage. En revanche, les litiges relatifs à la responsabilité contractuelle ne seront pas résolus par l'arbitrage* ». En effet, en présence de telles clauses, qui aboutiront à un partage des compétences ne participant pas d'une administration optimale de la justice, la volonté des parties est exprimée avec une telle clarté qu'il n'y a pas lieu à interprétation. Il faut alors simplement appliquer la volonté exprimée et retenir que l'arbitre n'est compétent que pour connaître de la responsabilité visée.

Enfin, des difficultés pourraient naître pour les clauses qui donnent compétence à l'arbitre pour connaître d'un contentieux en lien avec le contrat d'arbitre, mais sans viser explicitement la question de la responsabilité de l'arbitre. De telles clauses pourraient être formulées ainsi : que « *tout litige relatif au contrat d'arbitre sera résolu par l'arbitrage* » ; « *tout litige relatif à la formation du contrat d'arbitre sera soumis à l'arbitrage* » ; ou encore, « *tout litige relatif à l'exécution du contrat d'arbitre sera soumis à l'arbitrage* ». Ici encore, le principe de l'effet utile, s'il est appliqué, devrait conduire à considérer que dès lors que les parties ont visé le contrat d'arbitre, dans son entier ou au sujet de sa validité ou de son exécution, elles ont également souhaité se prononcer sur la

¹¹⁷⁷ On constate qu'une interprétation en ce sens, c'est-à-dire étendant à une nature de responsabilité l'effet d'une clause de compétence qui ne la vise pourtant pas expressément, a déjà pu être retenue. En effet, lorsque la clause d'arbitrage vise le contrat, les juridictions françaises l'interprètent de manière à ce que les enjeux délictuels qui se rattachent au contrat soient couverts par la clause d'arbitrage (C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitre interne et international, op. cit.*, spé. n°710, p.691). Les juges aussi ont tendance à opter pour une telle interprétation face à une clause d'attribution de compétence ne visant qu'une nature de responsabilité. Tel est par exemple le cas en matière de rupture brutale des relations commerciales. En effet, si dans le contrat, les parties ont inséré une clause d'attribution de compétence, les juges l'appliqueront également aux enjeux de responsabilité délictuelle qui pourraient naître d'une rupture brutale des relations commerciales.

responsabilité de l'arbitre. Là encore, la solution aurait pour effet d'éviter l'éclatement du contentieux, ce qui justifierait de faire prévaloir le principe d'interprétation de l'effet utile sur l'interprétation stricte.

Au final, nous considérons donc que dès que la convention d'arbitrage doit être interprétée, ce qui est le cas, selon nous, pour toutes les clauses autres que celles qui donnent compétence à l'arbitre pour la responsabilité contractuelle et/ou délictuelle ou encore que celles qui attribuent compétence à l'arbitre pour une responsabilité en excluant expressément l'autre, le principe de l'effet utile doit conduire à une interprétation extensive de façon à éviter un morcellement du contentieux. Cela étant, les parties peuvent aussi décider de donner compétence à un juge pour connaître de la responsabilité civile. Il convient donc d'appréhender dorénavant cette possibilité.

B) La compétence attribuée à un juge

Les questions qui se posent lorsque les parties attribuent compétence à un juge judiciaire sont les mêmes que celles qui ont été soulevées dans le cas où la compétence est attribuée à l'arbitre : il faut, d'une part, vérifier la possibilité pour les parties de choisir le juge compétent (1) et, d'autre part, s'interroger sur l'interprétation des clauses attributives de compétence (2).

1. La possibilité de choisir le juge compétent pour trancher les conflits de responsabilité arbitrale

318. En droit international privé français, la licéité de la clause attributive de compétence, encore nommée clause d'élection de for, qui a pour objet d'organiser la compétence juridictionnelle étatique¹¹⁷⁸, a toujours été admise¹¹⁷⁹. En dépit de débats

¹¹⁷⁸ Pour des études approfondies de ces clauses, v° H.GAUDEMET-TALLON, « La prorogation conventionnelle de juridiction en droit international privé », *D.*, 1965 ; P. GUEZ, *L'élection de for en droit international privé*, Thèse Paris X, 2000, N. COIPEL-CORDONNIER, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, LGDJ, 1999.

¹¹⁷⁹ En ce sens, v° H. GAUDEMET-TALLON, *Répertoire de droit international*, Dalloz, v° Compétence internationale : matière civile et commerciale, 2019, spé. n°103 ; T. GRANIER, *Répertoire des sociétés*, Dalloz, v° Compétence et arbitrage, 1999, spé. n°182 ; ; J. BEGUIN, M. MENJUCQ (dir.), *Droit du commerce international*, *op. cit.*, spé. n°1682, p.935 ; P. MAYER, V. HEUZE, B. REMY, *Droit international privé*, LGDJ, coll. Précis Domat Droit privé, 12^e édition, 2019, spé. n°314, p.216.

doctrinaux¹¹⁸⁰, le principe de licéité a pu être rappelé avec force par la Cour de cassation à la suite de l'entrée en vigueur de l'article 48 du Code de procédure civile suivant lequel « *Toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée* ». Ce texte avait fait naître une interrogation sur son application en droit international. Fallait-il comprendre que les clauses d'élection du for étaient dorénavant prohibées en droit international privé, si elles n'étaient pas stipulées entre commerçants ? La Cour de cassation a répondu négativement à cette question en énonçant clairement que « *les clauses prorogeant la compétence internationale sont en principe licites lorsqu'il s'agit d'un litige international et lorsque la clause ne fait pas échec à la compétence territoriale impérative d'une juridiction française* »¹¹⁸¹. Cette décision, qui affirme la licéité de principe des clauses attributives de compétence en matière internationale, subordonne cette licéité à deux conditions : l'internationalité du litige, d'une part, et l'absence de règle de compétence territoriale impérative, d'autre part¹¹⁸².

S'agissant d'abord de l'internationalité du litige, elle ne pose aucune difficulté, dans la mesure où l'on envisage précisément l'hypothèse de l'élection de for dans le cadre d'un litige de responsabilité arbitrale internationale.

S'agissant ensuite de l'absence de règle impérative, la Cour de cassation exige que la clause d'élection du for ne fasse pas échec à la compétence territoriale impérative d'une juridiction française. Cette condition n'est pas simple à circonscrire¹¹⁸³ notamment parce que cette impérativité est différente en matière interne et internationale de telle sorte qu'il n'est pas toujours évident de déterminer ce qui relève d'une compétence territoriale internationale impérative. Pour autant, elle ne devrait pas

¹¹⁸⁰ A. HUET, *Encyclopédie JurisClasseur Droit international*, v° Fasc. 581-41, Compétences des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux, Règles communes à la compétence internationale ordinaire et à la compétence privilégiée des tribunaux français, Clauses attributives de juridiction, 2016, spé. n°14 et s..

¹¹⁸¹ Civ. 1^e, 17 décembre 1985, n°848-16.338, *Bull*, n°354.

¹¹⁸² S'interrogeant sur une telle limite pour le contentieux du contrat d'arbitre, v° C. SERAGLINI, « Le juge du contrat d'arbitre : aspects de droit international privé », *op. cit.*, spé. p.328.

¹¹⁸³ En ce sens, v° H. GAUDEMET-TALLON, *Répertoire de droit international*, Dalloz, v° Compétence internationale : matière civile et commerciale, 2019, spé. n°106 et s. Il semble que le débat relativement à cette seconde condition se soit posé autour du statut personnel extrapatrimonial, des actions réelles immobilières ou encore dans les contrats de travail (en ce sens, H. GAUDEMET-TALLON, *Répertoire de droit international*, Dalloz, v° Compétence internationale : matière civile et commerciale, 2019, spé. n°108 ; T. GRANIER, *Répertoire des sociétés*, Dalloz, v° Compétence et arbitrage, Clauses attributives de compétence et arbitrage, 1999, spé. n°184).

poser de difficulté particulière au sujet de la responsabilité arbitrale, dès lors qu'il n'existe pas de compétence territoriale impérative en matière de responsabilité.

Par conséquent, rien ne semble faire obstacle à ce que les parties choisissent leur juge compétent par le truchement d'une clause attributive de compétence, dans le cadre d'un litige international mettant en jeu la responsabilité d'un arbitre¹¹⁸⁴. Reste à savoir comment interpréter ce type de clause.

2. *L'interprétation des clauses attribuant compétence à un juge pour trancher les conflits de responsabilité arbitrale*

L'interprétation des clauses d'attribution pose deux problématiques différentes. La première concerne les clauses qui sont rédigées de manière imprécise (a). La seconde apparaît dans les hypothèses dans lesquelles les parties ont non seulement prévu une clause d'attribution de compétence mais également une clause compromissoire ; c'est le problème des clauses de règlement des litiges cumulatives et alternatives (b).

a. L'interprétation des clauses attributives de compétence imprécises

319. Tout comme les clauses compromissoires, les clauses attributives de compétence peuvent être rédigées de différentes manières. Elles peuvent être précises et emprunter une forme telle que « *tout litige relatif à la responsabilité contractuelle et/ou délictuelle des arbitres sera résolu par tel juge* ». Dans ces cas-là, évidemment, elles ne posent aucune difficulté d'interprétation. En revanche, en dehors de ces situations, la clause d'attribution de compétence peut poser des difficultés et nécessite alors d'être interprétée. Pour ce faire, encore faut-il commencer par déterminer le mode d'interprétation à retenir avant de proposer les interprétations idoines.

320. En la matière, certains auteurs semblent s'accorder sur un principe d'interprétation stricte selon lequel seuls doivent être couverts par la clause les litiges

¹¹⁸⁴ En ce sens pour l'insertion d'une clause attributive de compétence pour régir le contentieux lié au contrat d'arbitre, v° C. SERAGLINI, « Le juge du contrat d'arbitre : aspects de droit international privé », *op. cit.*, spé. p.328 et s..

qui y sont expressément inclus¹¹⁸⁵. Ainsi, suivant cette logique, chaque fois que les parties n'ont, par exemple, pas expressément soumis les aspects tant contractuels que délictuels de la responsabilité des arbitres au juge qu'elles ont choisi, la clause attributive ne devrait pas couvrir les aspects de la responsabilité qui n'ont pas été visés. Ainsi, une clause qui stipulerait que « *tout litige relatif à la responsabilité contractuelle de l'arbitre sera résolu par tel juge* » devrait être interprétée comme excluant les aspects délictuels de la responsabilité de l'arbitre. On pourrait alors imaginer que les aspects contractuels seraient tranchés par le juge conventionnellement désigné, tandis que les aspects délictuels ne seraient pas régis par la clause attributive, si bien qu'ils pourraient éventuellement être soumis à un autre juge que celui désigné pour trancher les questions de responsabilité contractuelle de l'arbitre.

Il nous semble cependant que c'est une interprétation extensive de la clause attributive de juridiction qui devrait prévaloir. Ce caractère extensif de l'interprétation de la clause d'élection du for pourrait se justifier non seulement par le lien qu'entretient cette clause avec la convention d'arbitrage, laquelle est interprétée suivant un principe d'effet utile, mais aussi par la recherche d'une bonne administration de la justice.

S'agissant d'abord de la proximité de la clause attributive de compétence et de la clause d'arbitrage, celle-ci est évidente : toutes deux sont des conventions de juridiction¹¹⁸⁶. La proximité entre ces deux clauses est si forte que, commentant l'arrêt de la Cour de cassation du 8 juillet 2010¹¹⁸⁷ qui pose le principe d'autonomie de la clause attributive de compétence en matière internationale par rapport à la convention principale dans laquelle elle s'insère, Monsieur Racine considère que les justifications de cette décision tiennent, notamment, dans la proximité de cette clause avec la convention

¹¹⁸⁵ En ce sens, v° N. BINCTIN, « Droit de la propriété industrielle », *JCP E*, 2017, spé. n°35, p.44 ; H. GAUDEMET-TALLON, *Répertoire de droit international*, Dalloz, v° Compétence internationale : matière civile et commerciale, 2019, spé. n°125 ; A. HUET, *Encyclopédie JurisClasseur Droit international*, v° Fasc. 581-41, Compétences des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux, Règles communes à la compétence internationale ordinaire et à la compétence privilégiée des tribunaux français, Clauses attributives de juridiction, 2016, spé. n°73.

¹¹⁸⁶ N. COIPEL-CORDONNIER, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, LGDJ, 1999, spé. n° 13, p. 12 ; J.-B. RACINE, « La consécration de l'autonomie matérielle de la clause attributive de compétence par rapport au contrat principal », *RDC*, 2011, spé. p.223, contra v° Monsieur Blanc qui souligne les différences entre ces deux clauses considérant que la convention d'arbitrage est une convention d'investissement tandis que la clause attributive de compétence n'est qu'une clause attributive de compétence (G. BLANC, « Clause compromissoire et clause attributive de juridiction dans un même contrat ou dans un même ensemble contractuel, De la concurrence à la subsidiarité de la compétence des tribunaux étatiques », *JCP E*, 1999, p.707, n°16 et s.).

¹¹⁸⁷ Civ. 1^e, 8 juillet 2010, n°07-17.788, *Bull I*, n°161.

d'arbitrage qui est autonome du contrat principal depuis le célèbre arrêt *Gosset*¹¹⁸⁸. Pour cet auteur, « *en tant que convention de juridiction, ce qui vaut pour la clause d'arbitrage vaut mutatis mutandis pour la clause attributive* »¹¹⁸⁹. Cette proximité pourrait justifier que les deux clauses soient interprétées de la même manière. Cette proximité justifiant un traitement similaire des deux clauses a également pu être opéré en jurisprudence relativement à des hypothèses liées à des ruptures brutales des relations commerciales établies. En effet, la clause attributive de compétence, comme la clause compromissoire d'ailleurs¹¹⁹⁰, qui ne vise que « *les suites du contrat* », et donc, strictement du moins, la responsabilité contractuelle, doit être interprétée comme régissant également la détermination du juge compétent pour connaître de l'action en rupture brutale des relations commerciales établies, dont on dit parfois qu'elle est de nature délictuelle¹¹⁹¹. Dans une telle situation, il a été jugé que l'action en rupture brutale des relations commerciales établies se rattache au contrat qui est couvert par la clause compromissoire de telle sorte qu'il faut interpréter la volonté des parties comme ayant voulu compromettre tant sur les aspects contractuels que sur les aspects délictuels de leur relation¹¹⁹². C'est exactement la même solution qui s'applique en matière de clause attributive de compétence¹¹⁹³. D'ailleurs, les commentateurs¹¹⁹⁴ ont tous souligné que la solution rendue en matière de clause compromissoire était attendue dès lors que tel était déjà l'état du droit pour la clause attributive de compétence. L'interprétation des clauses est alors identique du fait de la proximité de ces deux clauses.

S'agissant ensuite de réaliser l'objectif d'une bonne administration de la justice, là encore, une interprétation extensive semble s'imposer. En effet, interpréter de manière extensive la volonté des parties pour soumettre différents contentieux au même juge conventionnellement choisi permet d'éviter l'éclatement des compétences en

¹¹⁸⁸ Civ. 1^e, 7 mai 1963, *Bull I*, n°246.

¹¹⁸⁹ J.-B. RACINE, « La consécration de l'autonomie matérielle de la clause attributive de compétence par rapport au contrat principal », *RDC* 2011, spé. p.223.

¹¹⁹⁰ En ce sens, v° Civ. 1^e, 8 juillet 2010, n°09-67.013, *Bull I*, n°156.

¹¹⁹¹ Com., 6 février 2007, n°04-13.178, *Bull V*, n°21.

¹¹⁹² En ce sens, v° Civ. 1^e, 8 juillet 2010, n°09-67.013, *Bull I*, n°156

¹¹⁹³ En ce sens, v° Civ. 1^e, 22 octobre 2008, n°07-15.823, *Bull I*, n°233.

¹¹⁹⁴ P. DELEBECQUE, « Contrat, Rupture de relations commerciales établies, clause compromissoire », *RTD Com.*, 2011, p.667 ; D. BUREAU, H. MUIR WATT, « Compétence de l'arbitre pour statuer sur sa propre compétence en présence d'une loi d'ordre public régissant le fond du litige », *RCDIP*, 2010, p.743, spé. n°3 ; M. AUDIT, O. CUPERLIER, « Arbitrage, loi de police et responsabilité délictuelle », *D.*, 2010, p.2884, spé. n°11 ; E. LOQUIN, « Le contentieux de la rupture abusive des relations d'affaires établies entre dans le champ d'application de la clause compromissoire stipulée dans le contrat objet de la rupture », *RTD Com.*, 2012, p.525 ; E. FOHRER-DEDEUWAERDER, « Les clauses attributives de juridiction dans les relations commerciales établies », *RTD Com.*, 2018, p.1083, spé. n°37.

assurant un traitement homogène, ce qui paraît conforme à une bonne administration de la justice¹¹⁹⁵. Il apparaît donc préférable de retenir une interprétation extensive similaire à celle de l'effet utile de la convention d'arbitrage favorisant un traitement unifié du contentieux. Maintenant que le principe d'interprétation est retenu, il suffit de l'appliquer aux clauses pathologiques pour proposer les solutions à retenir.

321. Tout comme en matière de convention d'arbitrage, nous considérons que les clauses pathologiques peuvent se classer en trois catégories : celles qui visent généralement la responsabilité civile, celles qui ne visent qu'une des responsabilités civiles et enfin celles qui ne visent pas la responsabilité de l'arbitre mais un contentieux relatif au contrat d'arbitre. Dans ces trois situations, nous considérons que les solutions doivent être identiques à celles proposées au sujet de la convention d'arbitrage. D'abord, pour les clauses qui attribuent compétence à un juge pour connaître de la responsabilité civile de l'arbitre sans autre précision¹¹⁹⁶, nous considérons qu'elles doivent être interprétées comme donnant compétence au juge désigné pour connaître tant de la responsabilité contractuelle que délictuelle. Ensuite, pour celles qui n'attribuent compétence à un juge que pour la responsabilité contractuelle ou délictuelle¹¹⁹⁷, nous considérons qu'elles doivent être interprétées comme attribuant compétence audit juge pour connaître des deux responsabilités, sauf si les parties ont exclu une responsabilité expressément¹¹⁹⁸. Enfin, pour celle qui donne compétence au juge pour connaître d'un contentieux relatif au contrat d'arbitre mais étranger à la responsabilité civile de l'arbitre¹¹⁹⁹, nous considérons là encore qu'elles doivent être interprétées comme

¹¹⁹⁵ En ce sens, v° M. AUDIT, O. CUPERLIER, « Arbitrage, loi de police et responsabilité délictuelle », *op. cit.*, spé. n°3. Dans le même sens, mais en le formulant autrement, Monsieur Nourrissat considère que « *chacun considérera que [l'éclatement des compétences, qui résulterait d'une interprétation stricte de la clause attributive de compétence ne visant que les aspects contractuels d'une relation commerciale et voudrait donc qu'elle ne s'applique pas à la rupture brutale des relations commerciales établies] n'est pas très satisfaisant* » (C. NOURRISANT, « Rupture brutale d'une relation commerciale établie : du curieux effet du franchissement d'une frontière sur la nature de l'action ! », *RLDA*, 2007).

¹¹⁹⁶ Ces clauses pourraient être rédigées de la manière suivante : « tout litige relatif à la responsabilité civile des arbitres sera résolu par tel juge ».

¹¹⁹⁷ Ces clauses pourraient être rédigées comme suit : « tout litige relatif à la responsabilité contractuelle des arbitres sera résolu par tel juge » ou encore « tout litige relatif à la responsabilité délictuelle des arbitres sera résolu par tel juge ».

¹¹⁹⁸ Ces clauses pourraient être rédigées comme suit : « tout litige relatif à la responsabilité contractuelle des arbitres sera résolu par tel juge. En revanche, tel juge ne connaîtra pas des litiges relatifs à la responsabilité délictuelle ».

¹¹⁹⁹ Ces clauses pourraient être rédigées comme suit : « tout litige relatif à la formation du contrat d'arbitre sera soumis à tel juge » ou encore « tout litige relatif à l'exécution du contrat d'arbitre sera soumis à tel juge ».

donnant compétence au juge désigné pour connaître également des questions de responsabilité contractuelle et délictuelle de l'arbitre.

En tout état de cause, ces difficultés d'interprétation montrent que la clause attributive de compétence doit être rédigée avec la plus grande précision, ce qui reste le meilleur moyen pour les parties de s'assurer que leur volonté soit respectée. Si des difficultés se présentaient, nous proposons donc qu'elles soient réglées comme elles le seraient pour une convention d'arbitrage.

Par ailleurs, les clauses attributives de compétence peuvent porter une autre source d'imprécision lorsqu'elles prévoient non seulement la compétence d'un juge mais également celle de l'arbitre.

b. L'interprétation des clauses de règlement des litiges cumulatives et alternatives

322. Deux types de clauses posent des difficultés : les clauses de règlement des litiges qui sont soit cumulatives soit alternatives¹²⁰⁰. Elles sont parfois qualifiées de clauses optionnelles¹²⁰¹, complexes¹²⁰² ou hybrides¹²⁰³. Les clauses cumulatives sont celles dans lesquelles les parties ont prévu que leur litige serait soumis à la fois à un juge qu'elles déterminent et à l'arbitre. Les clauses alternatives sont celles dans lesquelles les parties se laissent une option quant à la compétence. Elles peuvent prévoir soit deux

¹²⁰⁰ Qualifiant ainsi les clauses attributives de compétence laissant un choix aux parties, v° R. LIBCHABER, « Retour sur les clauses alternatives, attributives de compétences », *RDC*, 2013, p.176 ; B. FAGES, « Les clauses alternatives », *RTD Civ.*, 2013, p.838.

¹²⁰¹ Qualifiant ainsi les clauses attributives de compétence laissant un choix aux parties, v° S. PELLET, « Clauses attributives de juridiction asymétrique : l'éclaircie », *L'essentiel droit des contrats*, 2015, p.1 ; E. TREPPOZ, « De la potestativité à l'indéterminabilité de la clause attributive de juridiction unilatérale », *RDC*, 2015, p.552 ; J. BARBET, « La Cour de cassation valide les clauses optionnelles unilatérales, sous réserve de prévisibilité », *Les cahiers de l'arbitrage*, 2015, p.757 ; S. BERNHEIM-DESVAUX, « La clause de résolution de litiges optionnelle », *Contrats concurrence Consommation*, 2013, form.12 ; C. ASFAR CAZENAVE, « Les clauses de règlement de litiges optionnelles », *JCP E*, 2013, p.1522 ; B. MOREAU, A. BEREGOI, R. DESCOURS-KARIMITZ, P. E. MALLET, A. LELEU, *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, v° Arbitrage en droit interne, 2017, spé. n°113 ; B. MOREAU, E. GLUCKSMANN, P. FENG, *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, v° arbitrage internationale, 2016, spé. n°50 ; T. CLAY, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », *D.*, 2013 p.2936 ; E. LOQUIN, « La confirmation de la validité des clauses d'arbitrage optionnelle bilatérale », *RTD Com.*, 2013, p.478.

¹²⁰² Qualifiant en ce sens les clauses attributives de compétence laissant un choix aux parties, v° L. WEILER, « Compétence du juge étatique en présence d'une clause de résolution de litiges complexe », *Procédures*, 2013, comm. 244.

¹²⁰³ Qualifiant en ce sens les clauses attributives de compétence laissant un choix aux parties, v° Y.-M. SERINET, X. BOUCOBZA, « La portée d'une clause alternative de résolution des différends », *RDC*, 2013, p.1470.

juges différents soit encore que leur litige sera soumis à un juge qu'elles déterminent ou à un arbitre.

323. S'agissant des clauses cumulatives¹²⁰⁴, stipulant que les parties soumettront leur contentieux et à un juge déterminé et à un arbitre, leur interprétation dépendra des situations. Il faudra toutefois trancher en faveur d'une compétence arbitrale ou étatique, car les deux ne sauraient se cumuler. Il reviendra alors à l'arbitre, compétent en priorité pour procéder à l'interprétation¹²⁰⁵, de rechercher la volonté réelle des parties telle qu'elle ressort des différentes stipulations du contrat d'arbitre. Ainsi, l'on peut imaginer que le contrat prévoit les modalités de recours à l'arbitrage pour trancher la question de la responsabilité de l'arbitre, et ne mentionne plus la compétence du juge ailleurs que dans la clause litigieuse. Dans ce cas, il pourra être considéré que les parties ont, en réalité, voulu soumettre leur contentieux à l'arbitrage et non à la justice étatique. A l'inverse, si les parties précisent les éléments relatifs au juge compétent et n'évoquent plus l'hypothèse de la soumission à un arbitre de la question de la responsabilité arbitrale, il sera probablement jugé qu'elles ont souhaité soumettre leur contentieux à un juge, et non à un arbitre.

324. S'agissant ensuite des clauses optionnelles, elles autorisent chacune des parties à saisir tel ou tel juge ou encore tel juge ou l'arbitre. Ces clauses peuvent être bilatérales¹²⁰⁶ (on dit aussi multilatérales¹²⁰⁷), c'est-à-dire qu'elles laissent le choix aux

¹²⁰⁴ Pour une clause imposant la conciliation et l'arbitrage, v° Civ. 1^e, 6 mars 2007, n°04-16.204, *Bull I*, n°91. Il faut distinguer ces clauses cumulatives de situations dans lesquelles les mêmes parties à deux contrats différents avec des objets différents prévoiraient dans le premier une clause attributive de compétence et dans le second une clause compromissoire. Dans une telle espèce, les clauses ne sont pas en concurrence, il faut donc faire application de la clause en fonction du contentieux (en ce sens, v° Civ. 1^e, 4 juillet 2006, n°05-11.591, *Bull I*, n°337).

¹²⁰⁵ Le principe compétence-compétence impose cette solution, comme l'a rappelé la Cour de cassation dans une affaire dans laquelle les parties avaient inséré une clause attributive de compétence dans une convention de fourniture de modules scolaires et une clause compromissoire dans les polices d'assurance qui étaient annexées au contrat de fourniture. La Haute juridiction a rappelé à cette occasion que « lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente, sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable » (Civ. 1^e, 5 septembre 2018, n°17-13.837). Elle a alors estimé qu'en donnant compétence aux juges pour se prononcer sur la question de savoir laquelle, de la clause compromissoire ou de la clause attributive de compétence, devait primer, la cour d'appel a violé le principe de compétence-compétence. Il ressort de cette décision que l'arbitre est compétent en priorité pour interpréter une clause cumulative, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de ladite clause.

¹²⁰⁶ Pour une qualification en ce sens des clauses optionnelles laissant un choix aux deux parties, v° T. CLAY, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », *D.*, 2013 p.2936.

deux parties, ou unilatérales¹²⁰⁸ (on dit aussi asymétriques¹²⁰⁹ ou dissymétriques¹²¹⁰), auquel cas seule l'une des deux parties dispose d'un choix. Cette modalité va déterminer les effets de ces clauses.

Au sujet des clauses bilatérales, laissant le choix aux deux parties de recourir à un juge qu'elles ont désigné compétent ou à l'arbitrage, la Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer. Elle a jugé valable ce type de clause et considéré que l'option offerte de compromettre ne prime pas sur l'option offerte de saisir le juge désigné comme compétent¹²¹¹. Ainsi, la compétence retenue sera celle de l'arbitre ou du juge désigné qui aura été saisi en premier par l'une des parties. Tout dépend donc de la première saisine, qui déterminera la compétence arbitrale ou judiciaire.

Au sujet des clauses unilatérales laissant le choix entre deux juges, elles n'ont, à notre connaissance, été jugées que dans le cadre du système Bruxelles¹²¹² dans lequel elles ont été admises. Pour autant, nous ne voyons aucune raison de ne pas les étendre en dehors du système Bruxelles ou de la Convention de Lugano. Pour ce qui est de celles laissant le choix de recourir à l'arbitre ou à un juge, il ne nous semble pas que la Cour de cassation se soit prononcée¹²¹³ et la doctrine n'est pas unanime.

¹²⁰⁷ Pour une qualification en ce sens des clauses optionnelles laissant un choix aux deux parties, v° S. BERNHEIM-DESVAUX, « La clause de résolution de litiges optionnelle », *Contrats concurrence Consommation*, 2013, form.12.

¹²⁰⁸ Pour une qualification en ce sens des clauses optionnelles laissant un choix à une seule des parties, v° H. BARBIER, « Grief de déséquilibre encore, à l'encontre d'une clause attributive de juridiction, » *RTD Civ.*, 2015, p.607.

¹²⁰⁹ Pour une qualification en ce sens des clauses optionnelles laissant un choix à une seule des parties, v° S. PELLET, « Clauses attributives de juridiction asymétrique : l'éclaircie », *L'essentiel droit des contrats*, 2015, p.1.

¹²¹⁰ Pour une qualification en ce sens des clauses optionnelles laissant un choix à une seule des parties, v° E. TREPPOZ, « De la difficulté de rédiger une clause attributive de juridiction », *RDC*, 2016, p.282.

¹²¹¹ Civ. 1^e, 12 juin 2013, n°12-22.656, *Bull I*, n°121. Dans cette affaire, la clause était ainsi rédigée : « *Tous les différends, provenant du présent contrat ou en rapport avec celui-ci, y compris toutes les questions concernant son existence, sa validité, ou sa résiliation seront réglés par cet article, et si possible par négociation entre les parties. Si un différend ne peut être réglé par le biais des négociations, chacune des parties peut, après notification par écrit, soumettre le différend à une réunion de représentants de la Direction de chaque partie, devant se tenir dans les vingt (20) jours après la notification. Si le différend n'est pas réglé dans les trente (30) jours après la réunion ou toute autre date que les parties ont déterminée, chaque partie pourra choisir de recourir à l'arbitrage ou à une action devant la cour du lieu du siège de l'acheteur. Le différend devra être soumis et réglé de façon définitive par le règlement d'arbitrage de la London Court of International Arbitration (LCIA), qui est intégré dans cet Article par référence* ». Cette décision n'est qu'une confirmation puisque la Cour de cassation s'était déjà prononcée en faveur de la licéité de ce type de clause, v° Civ. 1^e, 15 mai 1974, n°72-14.706, *Bull I*, n°143.

¹²¹² La Cour de cassation a jugé que les clauses optionnelles unilatérales sont valables au regard du règlement CE n°44/2001 du 22 décembre 2000. En ce sens, v° Civ. 1^e, 7 octobre 2015, n°14-16.898, *Bull I*, n°837.

¹²¹³ Nous considérons par ailleurs que la décision du 12 juin 2013 (Civ. 1^e, 12 juin 2013, n°12-22.656) dans laquelle la Haute juridiction se prononce en faveur de la validité des clauses optionnelles bilatérales

Messieurs Loquin¹²¹⁴ et Clay¹²¹⁵ se montrent prudents et considèrent que le principe d'égalité, qui s'applique en matière d'arbitrage international¹²¹⁶, pourrait faire obstacle¹²¹⁷ à la validité de ces clauses. Cet argument ne nous semble pas dirimant. En effet, le principe d'égalité en matière arbitrale s'exprime soit entre les parties soit entre l'arbitre et les parties. Quand il s'exprime entre les parties, le principe d'égalité trouve son terrain d'élection dans la constitution du tribunal, obligeant que chaque partie puisse nommer « son » arbitre. Quand il s'applique à l'arbitre, il lui impose d'offrir à chaque partie la possibilité raisonnable de présenter sa cause, dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire. Aussi, force est de constater qu'en l'état, le principe d'égalité ne s'exprime pas au stade de la convention d'arbitrage : il n'impose pas que les deux parties aient le choix de recourir à l'arbitrage. Par ailleurs et surtout, ces clauses ne portent pas atteinte au principe d'égalité. En effet, rien n'empêche qu'une partie consente par anticipation à l'arbitrage tout en laissant le choix unilatéral à l'autre d'y recourir ou non. Consentir à ce que l'autre partie puisse choisir de recourir à l'arbitre, c'est déjà consentir à l'arbitrage, tout en renonçant à l'initiative de la saisine. Dans cette situation, les deux parties auront consenti à l'arbitrage mais à des moments différents : la première, en acceptant la clause optionnelle unilatérale ; la seconde, en mettant cette clause en œuvre. Il n'y a alors aucune inégalité dans la décision de recourir à l'arbitrage donc aucune raison de priver d'effet de telles clauses. En cela, nous rejoignons Messieurs Boucobza et Serinet qui se montrent favorables à la validité de telles clauses considérant « *qu'il faut bien admettre*

ne peut être étendue à la question des clauses unilatérales. En effet, dans cette décision, la Haute juridiction insiste sur le caractère bilatéral de la clause en cause. Ce faisant, la Cour de cassation indique clairement que, par cette décision, elle ne se prononce que sur ce type de clause. Il est alors impossible de savoir comment si elle statuerait à l'identique ou différemment s'agissant d'une clause unilatérale (en ce sens, v° Y.-M. SERINET, X. BOUCOBZA, « La portée d'une clause alternative de résolution des différends », *RDC*, 2013, p.1470).

¹²¹⁴ E. LOQUIN, « La confirmation de la validité des clauses d'arbitrage optionnelle bilatérale », *RTD Com.*, 2013, p.478.

¹²¹⁵ Monsieur Clay considère que la clause optionnelle bilatérale laissant le choix aux parties de recourir à un juge compétent ou à l'arbitre est valable car elle laisse le choix aux deux parties. On déduit donc de sa position que si tel n'était pas le cas, la validité d'une telle clause ne serait pas assurée (T. CLAY, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », *D.*, 2013 p.2936).

¹²¹⁶ Article 1510 du Code de procédure civile.

¹²¹⁷ Monsieur Loquin considère « qu'un doute sérieux existe s'agissant de la validité des clauses optionnelles unilatérales, qui pourraient porter atteinte au principe d'égalité des parties dans le choix de la juridiction compétente » (E. LOQUIN, « La confirmation de la validité des clauses d'arbitrage optionnelle bilatérale », *RTD Com.*, 2013, p.478).

qu'elles [les parties] ont toute latitude pour organiser, a priori, un recours seulement optionnel à cette forme de règlement des litiges (i.e. l'arbitrage) »¹²¹⁸.

En somme, si les parties rédigent une clause de règlement des litiges cumulative, c'est-à-dire dans laquelle elles mettent en concurrence la compétence de l'arbitre avec celle d'un juge, il reviendra à l'arbitre de déterminer si les parties ont souhaité soumettre leur litige à un arbitre ou à un juge. Si les parties souhaitent former une clause optionnelle de compétence bilatérale dans laquelle elles se laissent chacune la possibilité de saisir tel ou tel juge ou bien tel juge ou l'arbitre, ces clauses seront licites. Sera alors compétent soit le premier juge saisi, soit l'arbitre saisi en premier. Enfin, nous pensons qu'il doit en aller de même pour les clauses optionnelles unilatérales, laissant à une seule partie le choix d'opter pour tel ou tel juge ou pour l'arbitre, dès lors que le principe d'égalité ne doit pas trouver à s'appliquer au stade de la convention de règlement des litiges.

De l'ensemble de ces développements, il ressort que le premier critère de compétence sur la question de la responsabilité arbitrale repose sur la volonté des parties. Toutefois, dans les hypothèses dans lesquelles les parties n'auront pas désigné d'arbitre ou de juge compétent pour trancher la question de la responsabilité arbitrale, il sera nécessaire de recourir à un critère supplétif de volonté. Ce critère pourrait être celui du siège de l'arbitrage.

§2) Le siège de l'arbitrage

325. Le critère du siège de l'arbitrage apparaît comme le plus opportun pour déterminer le juge compétent en matière de responsabilité arbitrale. En effet, d'une part, il répond aux insuffisances dénoncées au sujet des autres critères existants en droit positif ; d'autre part, il permet, dans une certaine mesure, de limiter le phénomène du *forum shopping*.

326. S'agissant des insuffisances du droit positif, trois écueils ont été identifiés, qui permettent de dégager autant de qualités devant être remplies par le critère choisi.

¹²¹⁸ Y.-M. SERINET, X. BOUCOBZA, « La portée d'une clause alternative de résolution des différends », *RDC*, 2013, p.1470.

327. D'abord, le critère retenu doit présenter une qualité de proximité avec l'objet du litige. Contrairement aux critères tirés du domicile et de la nationalité, il ne doit pas reposer sur un rattachement superficiel entre l'objet du litige et le juge désigné compétent¹²¹⁹. Or, de ce point de vue, le siège de l'arbitrage est assurément pertinent, par les liens qu'il entretient nécessairement avec le litige portant sur la responsabilité arbitrale. En effet, en tant que lieu où se tient l'arbitrage, il est le noyau autour duquel s'agrègent toutes les questions soulevées par l'arbitrage¹²²⁰. C'est plus qu'un simple lieu physique, c'est un environnement juridique¹²²¹ dans lequel les parties choisissent d'ancrer leur arbitrage. A cet égard, sa pertinence n'est pas douteuse. Dans le même ordre d'idées, un autre critère aurait pu s'avérer opportun par sa proximité avec l'objet du litige : celui du siège de l'institution arbitrale. Toutefois, un tel critère ne pourrait être mis en œuvre que dans les arbitrages institutionnels, et non dans les arbitrages *ad hoc*. Par ailleurs, ce critère peut aussi entretenir des liens très distendus avec le litige. En effet, il est des arbitrages CCI pour lesquels le seul lien avec la France est la situation de la CCI. Leur rattachement à la France serait alors complètement superficiel, là encore. Il est donc préférable de l'écarter¹²²², parce qu'il n'est pas possible d'y recourir systématiquement.

328. Ensuite, le critère retenu doit être simple dans sa mise en œuvre. Contrairement au critère de la localisation de l'obligation, en matière de responsabilité tant contractuelle que délictuelle¹²²³, il ne doit pas être complexe au point de créer une imprévisibilité des solutions qu'il induit. Là encore, le critère du siège de l'arbitrage répond à cet impératif, par la facilité de sa mise en application. L'identification du siège de l'arbitrage pose d'autant moins de difficultés que c'est un critère connu de la

¹²¹⁹ V° *supra*, n°306.

¹²²⁰ En ce sens, Monsieur Seraglini considère que « ce lieu apparaît bien comme celui ayant les liens les plus significatifs avec le contrat d'arbitre [on peut étendre à la responsabilité de l'arbitre], peut être vu comme le lieu d'exécution de celui-ci, dès lors que l'on peut considérer que le tribunal arbitral met en œuvre sa mission au siège, et compte tenu au surplus des liens de ce contrat avec la procédure arbitrale et la sentence, toutes deux « localisées » au siège » (C. SERAGLINI, « Le juge du contrat d'arbitre : aspects de droit international privé », in *Droit sans frontières, Mélanges en l'honneur d'Eric Loquin*, LexisNexis, 2019, p. 323 et s., spé. p.336).

¹²²¹ En ce sens, v° A. PANCHAUD, « Le siège de l'arbitrage international de droit privé », *Rev. arb.*, 1966, p.2 ; B. LEURENT, Note sous CA 28 octobre 1997 ; *Société Procédés de préfabrication pour le béton c/ Libye*, *Rev. arb.*, 1998, p.400, spé. p. 406.

¹²²² Dans le même sens, v° T. CLAY, *L'arbitre*, Dalloz, 2001, spé. n°1015, p.760.

¹²²³ V° *supra*, n°309.

pratique. En effet, la pratique arbitrale est habituée à sa fixation puisque c'est un critère dont dépendent souvent¹²²⁴, la « *loi d'arbitrage* » ou encore la « *lex arbitrii* », ou bien la compétence du juge d'appui ou les recours possibles contre la sentence¹²²⁵. Si la fixation de ce siège dépend en principe de la volonté des parties, des solutions de localisation ont été dégagées par la pratique pour les hypothèses dans lesquelles les parties se montreraient silencieuses¹²²⁶. Ainsi, de nombreux règlements d'arbitrage prévoient une manière de déterminer le siège de l'arbitrage en cas de silence des parties : le siège peut être décidé par le centre d'arbitrage¹²²⁷, ou bien être fixé au lieu où se situe l'institution arbitrale¹²²⁸. Dans les arbitrages *ad hoc*, les arbitres pourront le fixer eux-mêmes¹²²⁹. Cette facilité qu'éprouve la pratique à manier ce critère est un argument en sa faveur.

329. Enfin, le critère de compétence juridictionnelle doit permettre d'unifier le contentieux entre les mains d'un seul juge. Tant les critères tirés du domicile et de la nationalité¹²³⁰ que de ceux tirés de la localisation de l'obligation¹²³¹ présentent en effet l'inconvénient de disperser le contentieux de la responsabilité arbitrale, au risque d'aboutir à des solutions incohérentes. Le critère du siège de l'arbitrage permet de remplir cet objectif de cohérence en conférant à un seul juge le soin de trancher la question de la responsabilité de l'arbitre, quels que soient la nationalité ou le domicile des parties, et que cette responsabilité soit engagée sur le fondement d'un manquement contractuel ou d'une faute juridictionnelle de l'arbitre.

¹²²⁴ En ce sens, C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, spé. n°851, p.840.

¹²²⁵ En ce sens, T. CLAY, « Le siège de l'arbitrage international entre « *ordem* » et « *progresso* » », *Gazette du palais*, 2008, p.20, spé. n°17.

¹²²⁶ On pourrait également considérer qu'en plaçant leur procédure arbitrale sous l'égide d'un règlement d'arbitrage, les parties ont fait le choix de retenir le siège de l'arbitrage proposé par le règlement qu'elles ont volontairement choisi. On peut donc voir dans la fixation du siège de l'arbitrage par les termes du règlement d'arbitrage l'expression de la volonté des parties.

¹²²⁷ En ce sens, v° par exemple l'article 18.1 du règlement CCI 2012 ou l'article 13 du règlement AAA. Pour Messieurs Fouchard, Gaillard et Goldman, dans ces situations c'est aussi la volonté des parties qui s'exprime, mais par délégation (P FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, spé. n°1590, p.920-923).

¹²²⁸ En ce sens, v° par exemple l'article 16.1 du règlement LCIA ou l'article 13 (3) du règlement CIRDI.

¹²²⁹ En ce sens, v° C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, spé. n°852, p.841. Là encore s'exprime la volonté des parties par délégation aux arbitres, conformément à la position défendue par Messieurs Fouchard, Gaillard et Goldman (P FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, spé. n°1590, p.920-923).

¹²³⁰ V° *supra*, n°307.

¹²³¹ V° *supra*, n°311.

330. Par ailleurs, le critère du siège de l'arbitrage permet de limiter les comportements constitutifs de *forum shopping*, au sens péjoratif du terme¹²³². Cette pratique consiste à choisir un juge qui sera le plus favorable à ses intérêts¹²³³. En soi, cette pratique peut ne pas poser de difficulté lorsque le choix de la juridiction n'est pas simplement guidé par la volonté d'orienter le résultat final de la procédure. Les actions en responsabilité, toutefois, se prêtent particulièrement bien au *forum shopping malus*¹²³⁴, c'est-à-dire à la recherche d'un for fondée sur une volonté d'orienter le sens de la décision finale. En effet, le choix de tel ou tel for peut être guidé par le fait que certaines juridictions permettent le recours à la procédure de *discovery*¹²³⁵, par l'absence de coût du procès jusqu'au résultat final s'il est positif¹²³⁶, ou encore, et même surtout, par l'importance éventuelle des dommages-intérêts¹²³⁷. Ainsi, on peut tout à fait

¹²³² La pratique du *Forum shopping* peut retenir une acception positive auquel cas elle se définit comme le choix laissé au demandeur de choisir une juridiction compétente (en ce sens v° P. de VAREILLES-SOMMIERES, *Répertoire de droit international*, Dalloz, v° Fraude à la loi, 1998, spé. n°21. Le droit français l'autorise (en ce sens, v° J.-L. VALLENS, « Forum shopping », *Cahiers de l'entreprise* n°5, 2009, dossier 30) puisqu'il permet au demandeur de déroger aux règles de compétence (en ce sens, v° article 48 du Code de procédure civile) ou encore de compromettre (en ce sens, v° article 1442, alinéa 2 du Code de procédure civile). Elle n'est donc pas une pratique prohibée en tant que telle ; au contraire (E. CORNUT, « Forum shopping et abus du choix de for en droit international privé », *Journal du droit international (clunet)*, n°1, janvier 2007, doct. 2, spé. n°5). Elle devient une pratique négative lorsque le plaideur choisit une juridiction compétente afin d'orienter le résultat substantiel de la procédure dans un sens qui lui sera favorable (en ce sens, S. CLAVEL, *Droit international privé*, Dalloz, 2018, 5^e édition, spé. quid n°418, p.300).

¹²³³ En ce sens, v° D. COHEN, « Contentieux d'affaires et abus de *forum shopping* », *D.*, 2010, p.975, spé. n°10.

¹²³⁴ L'expression est empruntée à Monsieur Cornut (E. CORNUT, « Forum shopping et abus du choix de for en droit international privé », *Journal du droit international (clunet)*, n°1, janvier 2007, doct. 2, n°7). On la retrouve aussi chez Monsieur de Vareilles-Sommières (P. de VAREILLES-SOMMIERES, *Le forum shopping devant les juridictions françaises*, *Travaux Comité fr. DIP 1998-1999*, Pedone, 2001, p.49 et s., spé. p.49).

¹²³⁵ Pour une illustration du *forum shopping* afin d'obtenir une procédure de *discovery*, v° l'affaire *Société du Louvre* qui a donné lieu en France à deux décisions (Tribunal commercial de Paris, 1^{er} février et 20 juin 2002 et CA, Paris, 5 avril et 3 mai 2002). Pour une présentation de cette affaire, v° D. COHEN, « Contentieux d'affaire et abus de *forum shopping* », *D.*, 2010, p.975.

¹²³⁶ Cela sera possible si la procédure est soumise à un pays qui autorise les *contingent fees* encore appelé pactes de *quota litis* qui conduisent à ce que les avocats ne soient rémunérés que sur les dommages et intérêts obtenus.

¹²³⁷ Pour une affaire illustrant ces aspects du *forum shopping*, v° l'affaire *Vivendi*. Dans cette affaire (Pour une présentation générale, v° H. MUIR-WATT, « Régulation de l'économie globale et l'émergence de compétences déléguées : sur le droit international privé des actions de groupe. A propos de l'affaire Vivendi Universal », *Rev. crit. DIP*, 2008, p.581 et s.), deux anciens dirigeants ont été attirés devant les juridictions New-Yorkaise pour connaître d'une *class action* dans laquelle ont été inclus les actionnaires français ayant acquis leurs titres sur le marché français pendant la période de classe retenue. Le choix de cette juridiction reposait non seulement sur la possibilité de prévoir des *contingent fees* mais également de voir les défendeurs condamnés à des *punitives damages*, c'est-à-dire des dommages et intérêts punitifs dont les montants sont excessivement plus élevés que les dommages et intérêts qu'auraient pu prononcer un juge français (en ce sens, v° D. COHEN, « Contentieux d'affaires et abus de *forum shopping* », *D.*, 2010, p.975, spé. n°16).

imaginer qu'un demandeur¹²³⁸ à une action en responsabilité choisisse un juge compétent uniquement parce que celui-ci serait en mesure de prononcer des dommages-intérêts d'un montant bien plus important qu'un autre ou encore parce que tel juge serait plus enclin à reconnaître que tel comportement de l'arbitre s'analyse en une faute. Le *forum shopping* doit donc être évité afin que le choix du juge compétent ou de l'arbitre ne repose sur la seule volonté d'orienter la solution finale au litige.

Pour cette raison, certains critères qui remplissent les objectifs de proximité, de simplicité et d'unicité devront néanmoins être écartés. Il en va ainsi des critères tirés du lieu de rédaction de la sentence ou du lieu où les arbitres ont délibéré. Ces critères ne peuvent être retenus malgré leur pertinence car ils sont fixés de manière unilatérale par les arbitres. Ces derniers pourraient alors être incités à choisir des lieux où les juges seraient plus favorables à leur situation en cas d'action en responsabilité civile. On le comprend, ces critères favorisent le *forum shopping malus* et doivent, pour cette raison déjà, être écartés.

Le critère tiré du siège de l'arbitrage, en revanche, permet d'éviter ce phénomène de *forum shopping malus*, du fait des autres effets qu'il développe¹²³⁹. Ainsi, dans la mesure où il emporte d'autres effets tels que la compétence du juge d'appui, du juge de l'exequatur ou encore les conditions du contrôle de la sentence, le choix du siège de l'arbitrage ne pourra pas être guidé uniquement par la volonté de rendre compétent un juge plus favorable à la question de la responsabilité de l'arbitre. En ce sens, Monsieur Hascher considère que le siège est choisi « *par des considérations de neutralité et de commodité* »¹²⁴⁰.

331. Au total, le critère du siège de l'arbitrage apparaît donc comme le plus opportun pour suppléer à la volonté des parties, en ce qu'il est à la fois proche de l'objet du litige, simple à mettre œuvre et permet d'unifier le contentieux de la responsabilité

¹²³⁸ Monsieur Cohen souligne que le forum shopping peut aussi être le fait du défendeur lorsque celui-ci « prend l'initiative d'une procédure devant un for étranger afin de neutraliser la procédure préalablement engagée par le demandeur devant un for qu'il estime défavorable ». Toutefois, ce même auteur précise que, dans les contentieux, le forum shopping n'est que le fait du demandeur (D. COHEN, Contentieux d'affaires et abus de forum shopping, *op. cit.*, p.975, spé. n°11). Ceci justifie qu'on n'appréhende donc la question du forum shopping sous ce seul angle.

¹²³⁹ En ce sens, Monsieur Seraglini rappelle que « c'est déjà un juge au siège du tribunal arbitral, le juge d'appui, qui est compétent pour connaître d'un certain nombre de questions [...] » (C. SERAGLINI, « Le juge du contrat d'arbitre : aspects de droit international privé », *op. cit.*, spé. p.336).

¹²⁴⁰ D. HASCHER, *Répertoire de droit international*, Dalloz, v° Arbitrage du commerce international, procédure arbitrale, 2005, spé. n°113.

arbitrale afin de permettre un traitement cohérent de la question. Il permet, en outre, de limiter le *forum shopping* dans ses aspects négatifs.

Reste toutefois qu'il n'est, en l'état du droit positif, posé par aucun texte. Aussi, nous semblerait-il opportun que le législateur intervienne sur cette question pour retenir ce critère de désignation du juge compétent en matière de responsabilité arbitrale. Le texte pourrait être inséré dans le Code de procédure civile dans le chapitre II du titre II du livre IV, en un article 1510-1¹²⁴¹ formulé ainsi : « *sous réserve de la volonté des parties, le juge compétent pour connaître des actions en responsabilité dirigées contre le tribunal arbitral dans son entier ou contre l'un de ses membres est le juge du pays où est fixé le siège de l'arbitrage* »¹²⁴².

Dans l'attente d'une modification des textes en ce sens, trois pistes peuvent être envisagées pour retenir d'ores et déjà ce critère de compétence. D'abord, les parties pourraient expressément désigner le juge du siège de l'arbitrage, dans leurs contrats d'arbitre ou dans leurs actes de mission, pour statuer sur les questions de responsabilité arbitrale. Ensuite, les règlements d'arbitrage des différentes institutions arbitrales pourraient également prévoir ce critère, de façon à ce que les parties soient réputées l'avoir adopté en se référant à ces règlements¹²⁴³. Dans un cas comme dans l'autre, le critère du siège de l'arbitrage s'appliquerait sur le fondement de la volonté des parties, et non plus en tant que critère supplétif de volonté. Enfin, une dernière voie tiendrait en une solution prétorienne. En effet, on pourrait tout à fait imaginer que la Cour de cassation s'autorise à considérer que le juge compétent pour connaître des actions en responsabilité est le juge du siège de l'arbitrage, en cas de silence des parties. Elle a déjà, par le passé, fait usage de ce pouvoir créateur¹²⁴⁴. Cette solution aurait alors, à la différence des deux autres, le mérite de faire du critère du siège de l'arbitrage un critère supplétif de volonté dans l'attente d'une modification législative. Cela étant, cette

¹²⁴¹ Ce faisant, l'article s'intégrerait donc dans le chapitre dédié à l'instance et la sentence arbitrale et prendrait la suite d'un article prévoyant des obligations des arbitres statuant en matière internationale. En effet l'article 1510 du Code de procédure civile impose aux arbitres de garantir l'égalité des parties et de respecter le principe de la contradiction. Il pourrait aussi devenir un article 1513-1. Dans ce cas, il serait le dernier article du chapitre dédié à l'instance et à la sentence arbitrale.

¹²⁴² Le critère du siège de l'arbitrage pourrait également s'appliquer à l'action en responsabilité de l'arbitre, par l'effet d'une interprétation large du texte, si le législateur choisissait de soumettre au siège de l'arbitrage l'ensemble des questions relatives au contrat d'arbitre suivant une formule du type : « *sous réserve de la volonté des parties, le juge compétent pour connaître des questions relatives au contrat d'arbitre est le juge du pays où est fixé le siège de l'arbitrage* ».

¹²⁴³ En ce sens, v° C. SERAGLINI, « Le juge du contrat d'arbitre : aspects de droit international privé », *op. cit.*, spé. p.338.

¹²⁴⁴ Elle a par exemple consacré le principe qui étend à l'ordre international les règles de compétences internes (Civ. 1^e, 13 janvier 1980, n°79-10.693, *Bull I*, n°11).

dernière solution n'est guère plus assurée que la modification législative, de telle sorte qu'aujourd'hui, il revient aux parties de prévoir conventionnellement ce critère si elles souhaitent le voir retenu.

CONCLUSION DU CHAPITRE

332. Le silence de la loi et des juges sur la question des critères de détermination du juge compétent en matière de responsabilité arbitrale nous ont conduit à nous interroger sur l'opportunité d'appliquer en ce domaine les critères existants. Cette réflexion nous a poussé à écarter les critères existants que sont ceux tirés du domicile ou de la nationalité de l'une des parties au litige, ainsi que ceux tirés de la localisation de l'obligation contractuelle ou délictuelle donnant lieu à la responsabilité arbitrale.

Chacun de ces critères présentait des insuffisances qui ont mis en lumière des qualités qu'il serait souhaitable de trouver dans le critère retenu : proximité du rattachement avec l'objet du litige ; simplicité de mise en œuvre ; unification du contentieux. L'ensemble de ces qualités nous semble réunies en un critère : celui du siège de l'arbitrage, qui présente en outre l'avantage de limiter le phénomène du *forum shopping malus*.

En l'état du droit positif, toutefois, ce critère ne peut être retenu que par le truchement de la volonté des parties, qui doivent attribuer compétence au juge du siège de l'arbitrage pour trancher le litige relatif à la responsabilité de l'arbitre. Du reste, si ce critère venait à être adopté par la jurisprudence ou consacré par le législateur, il le serait vraisemblablement à titre supplétif, à défaut de volonté exprimée par les parties. En effet, en matière de responsabilité arbitrale, rien ne s'oppose à ce que les parties désignent elles-mêmes le juge, voire l'arbitre, compétent pour trancher leur litige. C'est donc la volonté des parties qui doit figurer comme le critère premier de détermination du juge compétent.

Voyons à présent ce qu'il en est de la loi applicable.

Chapitre 2 : La loi applicable

333. La détermination de la loi applicable s'opère généralement par le biais d'une règle de conflit de lois. Or, le choix de la méthode conflictuelle mérite d'être justifié, dès lors qu'il existe d'autres méthodes pour déterminer les règles devant s'appliquer au litige au fond¹²⁴⁵. C'est la raison pour laquelle nous démontrerons, dans un premier temps, la nécessité de recourir à la méthode conflictuelle en matière de responsabilité arbitrale (section 1), avant d'appliquer cette méthode dans un second temps, en recherchant le critère le plus adapté pour désigner la loi applicable (section 2).

Section 1 : La nécessité de la méthode conflictuelle

334. Le recours à la méthode conflictuelle pour déterminer la loi applicable à la responsabilité de l'arbitre ne s'impose pas avec évidence. Du moins peut-il être débattu, dès lors que deux méthodes coexistent en droit international privé : celle des règles matérielles et celle du conflit de lois. La coexistence de ces deux méthodes invite donc à opérer un choix en faveur de l'une ou l'autre. En matière de responsabilité arbitrale, la méthode conflictuelle nous semble s'imposer par élimination de la méthode des règles matérielles. Ainsi, le choix de la méthode, qui est rendu nécessaire par la coexistence de deux méthodes (§1), s'opèrera en faveur de la méthode conflictuelle, par suite du rejet de la méthode des règles matérielles (§2).

§1) La coexistence de deux méthodes

335. La méthode conflictuelle, méthode traditionnelle¹²⁴⁶ de droit international privé, repose sur l'application d'une règle de conflit de lois, c'est-à-dire une règle qui a pour objet de déterminer la loi applicable au fond du litige. Elle constitue une méthode neutre et indirecte¹²⁴⁷ de résolution des litiges : neutre, parce qu'elle n'est pas intéressée

¹²⁴⁵ Pour une présentation complète des méthodes de règlement des conflits de lois, v° D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé, Tome 1 : Partie générale*, PUF, coll. Thémis Droit, 4^e édition, 2017, spé. n°323, p.375).

¹²⁴⁶ S. CLAVEL, *Droit international privé*, Dalloz, 2018, 5^e édition, spé. n°13, p.11.

¹²⁴⁷ P. GOTHOT, P. LAGARDE, *Répertoire de droit international, Dalloz*, v° Conflits de lois : principes généraux, Dalloz, 2006, spé. n°43.

par la solution à apporter au litige ; indirecte, parce qu'elle ne tranche pas le litige au fond, mais se contente de déterminer la loi qui aura vocation à le faire.

Parallèlement, il existe une méthode qui, selon certains auteurs, correspondrait à « *la voie de la simplicité* »¹²⁴⁸ : la méthode des règles matérielles. Cette méthode consiste « *pour un Etat ou ses juges, à élaborer des règles substantielles spéciales destinées à régir une situation internationale* »¹²⁴⁹. Il s'agit donc d'une méthode directe¹²⁵⁰ qui conduit à apporter une solution au litige international, par l'application de règles de fond, sans avoir besoin de passer par l'étape préalable de la détermination de la loi applicable¹²⁵¹. Lorsque cette méthode trouve à s'appliquer, la règle matérielle, qui se distingue des règles de droit interne¹²⁵², résout le contentieux international sans qu'il soit besoin de faire application d'une autre norme¹²⁵³. Cette méthode qui trouve son terrain d'élection dans les échanges du commerce international¹²⁵⁴, au point qu'elle « *tend à l'élimination complète des conflits de loi en matière commerciale* »¹²⁵⁵, est également utilisée en matière arbitrale.

336. En effet, la méthode des règles matérielles connaît des applications de plus en plus nombreuses en matière d'arbitrage international. Son utilisation la plus marquante a été faite au sujet de la validité de la convention d'arbitrage. Après une évolution¹²⁵⁶, la Cour de cassation a, dans un arrêt de principe *Dalico*, rendu par sa

¹²⁴⁸ C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, spé n°595, p.543-544.

¹²⁴⁹ C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, spé n°591, p.542.

¹²⁵⁰ J.-B. RACINE, F. SIIRIANIEN, *Droit du commerce international*, Dalloz, 3^e édition, 2018, spé. n°18, p.22 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, Dalloz, 10^e édition, 2013, spé. n°96 et s., p.77 et s..

¹²⁵¹ Pour une présentation en ce sens de la méthode des règles matérielles, v° Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, Dalloz, 10^e édition, 2013, spé. n°680, p.687.

¹²⁵² E. LOQUIN, « Règles matérielles du commerce international et droit économique, » *Revue internationale de droit économique*, 2010/1 t.XXIV, spé. n°2.1, p.85.

¹²⁵³ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé, op. cit.*, spé. n°680, p.687 ; E. LOQUIN, Règles matérielles du commerce international et droit économique, *Revue internationale de droit économique*, 2010/1 t.XXIV, spé. n°2.1

¹²⁵⁴ J.-M. JACQUET, P. DELEBEVQUE, S. CORNELOUP, *Droit du commerce international*, Dalloz, 3^e édition, 2015, spé. n°103, p.67 ; J.-B. RACINE, F. SIIRIANIEN, *Droit du commerce international, op. cit.*, spé. n°19, p.23 ; E. LOQUIN, Règles matérielles du commerce international et droit économique, *op. cit.*, spé. n°1 ; J. BEGUIN, M. MENJUCQ (dir.), *Droit du commerce international, op.cit.*, spé. n°1982, p.1115).

¹²⁵⁵ G. VAN HECKE, « Principes et méthodes de solution des conflits de lois », *RCADI*, tome 126, 1996, spé. p.465.

¹²⁵⁶ La solution *Dalico* est l'aboutissement d'une évolution qui s'est opérée par étapes. La première étape est l'arrêt Hect (Civ. 1^e, 4 juillet 1972, n°70-14.163, *Bull I*, n°175) dans lequel, par une motivation « *quelque peu énigmatique* » (C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, spé. n°596, p.544), la Cour de cassation avait refusé que la validité de la convention soit régie en dehors de tout raisonnement conflictuel. Poursuivant en ce sens, la cour d'appel de Paris, dans un arrêt *Menicucci* (CA Paris, 13

première chambre civile le 20 décembre 1993, énoncé « *qu'en vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et que son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique* »¹²⁵⁷. Il en ressort que la convention d'arbitrage internationale est, par l'effet d'une règle matérielle, soumise à un principe d'autonomie qui permet d'apprécier son efficacité et sa validité indépendamment de toute loi étatique. De ce principe d'autonomie découle un principe de validité et d'efficacité de la convention d'arbitrage fondé sur la volonté des parties¹²⁵⁸.

Étendant le procédé au-delà de la seule convention d'arbitrage, la Cour de cassation a ensuite fait application de la méthode des règles matérielles au contrat d'arbitre. Il s'agissait d'une affaire dans laquelle se posait la question du caractère solidaire de l'engagement des parties à un arbitrage international de payer les honoraires des arbitres. Or, c'est bien dans le contrat d'arbitre que prend naissance cet engagement, et non dans la convention d'arbitrage. Pour trancher en faveur de la solidarité, la Cour de cassation, dans une décision *Getma*, a énoncé : « *attendu qu'après avoir relevé le caractère international de l'arbitrage, la cour d'appel, qui n'avait pas à se référer à une loi étatique, en a exactement déduit, par une décision motivée, que la nature solidaire de l'obligation des parties au paiement des frais et honoraires des arbitres résultait du contrat d'arbitre, de sorte que cette dernière, non discutée en son montant, n'était pas sérieusement contestable* »¹²⁵⁹. La motivation de la Cour de cassation quant à la méthode choisie pour trancher la question de la solidarité de la dette d'honoraires des parties est assez explicite. En effet, en précisant que la cour d'appel n'avait pas à « *se référer à une loi étatique* », la Haute juridiction consacre le recours à une règle

décembre 1975, note E. LOQUIN, *JDI* 1977, p.107) a affirmé « *compte tenu de l'autonomie de la clause compromissoire, instituant un arbitrage dans un contrat international, celle-ci est valable indépendamment de la référence à toute loi étatique* ». Poursuivant dans cette voie, la cour d'appel de Paris a, dans une affaire *Gatoil*, énoncé : « *en matière d'arbitrage international, le principe de l'autonomie de la cause compromissoire est d'application générale, en tant que règle matérielle internationale consacrant la licéité de la convention d'arbitrage, hors de toute référence à un système de conflits de lois, la validité de la convention devant être contrôlée au regard des seules exigences de l'ordre public international* » (CA Paris, 17 décembre 1991 *Gatoil*, note H. SYNDET, *Rev. arb.*, 1993, p.281).

¹²⁵⁷ Civ. 1^e, 20 décembre 1993, n°91-16.828, *Bull I*, n°372.

¹²⁵⁸ Pour une décision dans laquelle la Cour de cassation énonce très clairement que le principe de validité de la convention d'arbitrage découle d'une règle matérielle, v° Civ. 1^e, 8 juillet 2009, n°08-16.025, *Bull I*, n°165.

¹²⁵⁹ Civ. 1^e, 1^{er} février 2017, n°15-25.687, *Bull I*, n°31.

matérielle¹²⁶⁰ suivant laquelle les parties sont solidairement tenues de payer les honoraires des arbitres. Ce faisant, la Cour de cassation étend la question de l'application des règles matérielles dans l'arbitrage international en les appliquant au contrat d'arbitre¹²⁶¹.

337. Si la méthode des règles matérielles semble ainsi gagner du terrain en matière d'arbitrage, elle n'a cependant pas encore été étendue à la question de la responsabilité arbitrale. En effet, aucune réponse ferme n'a été apportée à la question de la méthode à retenir pour déterminer les règles applicables aux litiges relatifs à la responsabilité des arbitres présentant des éléments d'extranéité. Les juges ne semblent jamais avoir eu l'opportunité de se prononcer sur ce point.

Déjà, les quelques décisions qui traitent de la responsabilité arbitrale ne précisent pas toujours si le litige relatif à la responsabilité arbitrale présente des éléments d'extranéité. Parfois, il est possible de le comprendre au travers du rappel de faits qu'opèrent les juridictions. Tel est le cas par exemple, dans les affaires Raoul Duval¹²⁶² et Desbordes¹²⁶³. Dans la première affaire, l'une des parties est une société de droit suédois et dans la seconde, une société de droit hollandais. Pour autant, dans aucune de ces affaires, les juges ne relèvent le caractère international de la situation, lequel ne s'offre au lecteur que par le rappel de certains éléments de faits.

Outre cette absence de précision sur le caractère interne ou international du litige portant sur la responsabilité arbitrale, les décisions de jurisprudence passent également sous silence la question du droit applicable. Par exemple, dans l'affaire *Desbordes*¹²⁶⁴, qui oppose une société de droit français d'experts-comptables à une société de droit hollandais, les juges évincent la question du droit applicable en ne raisonnant que sur le règlement d'arbitrage que les parties avaient choisi pour régir leur arbitrage et non pas leur contrat d'arbitre. Ainsi, les juges de la cour d'appel retiennent

¹²⁶⁰ En ce sens, Monsieur Bollée souligne que la motivation de la Cour de cassation s'éloigne de celle tenue par la cour d'appel qui, elle, avait fait le choix de raisonner implicitement sur le fondement des règles internes de droit français (S. BOLLEE, « La solidarité dans le contrat d'arbitre international », *JCP G*, 27 mars 2017, n°13, spé. p.339).

¹²⁶¹ On peut aussi remarquer que la position de la cour d'appel était difficilement tenable en faisant application des règles de droit français car, on le sait, en droit interne, la solidarité ne se présume pas (article 1202 du Code civil devenu l'article 1310 du Code civil). Cet obstacle était de taille. En n'appliquant pas le droit français interne, la Cour de cassation aboutit à une décision qui souffre moins de la critique.

¹²⁶² CA Paris, 12 octobre 1995, *Merkoria Sucden c/ société Raoul Duval*, Rev. arb., 1999, p. 324

¹²⁶³ CA Paris, 2 avril 2019, n°16-00136.

¹²⁶⁴ Ibid.

qu'un arbitre engage sa responsabilité pour avoir « *pris une initiative intempestive et fautive qui empêchait que l'instance arbitrale se poursuive devant lui dans des conditions garantissant la loyauté et l'impartialité attendues d'un arbitre qui exerce une fonction juridictionnelle* »¹²⁶⁵. Or, les obligations de loyauté et d'impartialité auxquelles se réfèrent les juges ne sont pas fondées sur les textes de loi d'un Etat, mais sur le règlement d'arbitrage que les parties avaient désigné, sans que l'on sache au titre de quelle loi ce règlement trouve à s'appliquer. Peut-être les juges ont-ils considéré que l'application de ce règlement relevait d'une règle matérielle trouvant à s'appliquer directement. Toutefois, la seule lecture de cette décision ne permet pas de comprendre la méthode utilisée par la cour d'appel pour aboutir à cette solution.

La décision *Blowpack* n'offre pas plus de précisions sur la question du droit applicable. Dans cette affaire, dans laquelle la responsabilité des arbitres ayant participé à un arbitrage international était engagée, les juges ont appliqué la solution posée par la Cour de cassation dans sa décision *Azran*¹²⁶⁶, relative à une question de responsabilité des arbitres pour un arbitrage de droit interne. Ils ont ainsi estimé que l'arbitre, dans sa fonction juridictionnelle, ne répond que de sa « *faute personnelle équipollente au dol ou constitutive d'une fraude, d'une faute lourde ou d'un déni de justice* ». Ce faisant, les juges de la cour d'appel de Paris et, avant eux, ceux du tribunal de grande instance de Paris¹²⁶⁷, ont fait application du droit français sans s'expliquer sur le raisonnement qui a conduit à son application. Ce silence, qui n'a pas été relevé par les commentateurs¹²⁶⁸, peut s'expliquer par le fait que les juges n'ont pas l'obligation de relever d'office l'internationalité du litige et donc de mettre en œuvre les méthodes de droit international privé qui permettent la détermination de la loi applicable lorsque les droits des parties sont disponibles et qu'aucune des parties n'a soulevé l'application

¹²⁶⁵ CA Paris, 2 avril 2019, n°16-00136.

¹²⁶⁶ Civ. 1^e, 15 janvier 2014, n°11-17.196, *Bull I*, n°1.

¹²⁶⁷ TGI Paris, 22 mai 2017, *Blowpack SARL c/ M. C. et autres*, n°14-14717.

¹²⁶⁸ Messieurs Garaud et de Rancourt, qui ont commenté le jugement rendu par le tribunal de grande instance de Paris dans l'affaire *Blowpack* le 22 mai 2017, n'ont pas dit un mot sur l'application du droit français pour trancher la question de la responsabilité des arbitres (J.-Y. GARAUD, G. de RANCOURT, note sous Tribunal de grande instance de Paris, 22 mai 2017, *Rev. arb.*, 2017, spé. p.995). De la même manière, Monsieur Stoffel-Munck, dans son article intitulé « La responsabilité de l'arbitre », reste muet sur les questions de méthode et plus largement de loi applicable à la question de la responsabilité (P. STOFFEL-MUNCK, « La responsabilité de l'arbitre », *Rev. arb.*, 2017, p.1123 et s.). C'est aussi le cas du club des juristes qui, dans son long rapport sur la responsabilité de l'arbitre, est également silencieux sur cette question (Le club des juristes, *Rapport*, v° la responsabilité de l'arbitre, Juin 2017).

d'une loi étrangère¹²⁶⁹. Il reste cependant que ces décisions n'offrent pas de réponse à la question de la méthode retenue pour déterminer les règles applicables.

338. Pourtant, il est aisément imaginable qu'une partie soulève un jour l'application d'une loi étrangère lors d'un contentieux de responsabilité, ce qui obligerait à déterminer la loi applicable. Est-il alors préférable de recourir à la méthode conflictuelle ou à celle des règles matérielles ? De ce qui précède, il ressort que la méthode des règles matérielles est bien assise¹²⁷⁰ en matière de convention d'arbitrage¹²⁷¹ et qu'elle s'étend même au-delà des seules questions propres à la convention d'arbitrage. Commentant la décision *Dalico* et le recours à la méthode des règles matérielles en ce qui concerne l'efficacité et la validité de la convention d'arbitrage, Messieurs Fouchard, Gaillard et Goldman, considèrent qu'il « *convient d'approuver sans réserve la solution consacrée par la jurisprudence française qui consiste à apprécier l'existence et la validité de la convention d'arbitrage au regard des seules conceptions que le droit français se fait des besoins du commerce international* »¹²⁷². Ces auteurs se montrent donc favorables à la méthode des règles matérielles, à laquelle ils reconnaissent un certain nombre de qualités. Cette dynamique conduit à s'interroger sur l'opportunité de recourir également à cette méthode pour régir la responsabilité arbitrale dans les arbitrages internationaux. Dans la mesure où une règle matérielle a déjà été consacrée au sujet du contrat d'arbitre, faut-il pousser plus loin ce procédé pour dégager des règles matérielles applicables à la responsabilité de l'arbitre, dont on sait que sa mission naît précisément du contrat d'arbitre ? Cela ne nous paraît opportun. En

¹²⁶⁹ En ce sens, v° S. CLAVEL, F. JAULT-SESEKE, *Droit international privé, D.*, 2018, spé. p.966 ; pour des décisions prétorienne en ce sens, v° notam. Civ. 3^e, 9 mars 2017, n°15-13.938 ; Civ. 1^e, 22 février 2017, n°15-21.828 ; Civ. 1^e, 11 mai 2016, n°15-10.818.

¹²⁷⁰ En ce sens, v° P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, spé. n°439, p.248. Pour appuyer leurs propos, on peut évoquer les décisions rendues après la décision *Dalico*. A la suite de cet arrêt *Dalico*, la Haute juridiction a maintenu sa position (en ce sens, v° notamment, Civ. 1^e, 30 mars 2004, n°01-14.311, *Bull I*, n°95 ; Civ. 1^e, 7 juin 2006 ; n°03-12.034, *Bull I*, n°251 ; Civ. 1^e, 16 mars 2016, n°14-23.699, *Bull I*, n°846). On peut toutefois souligner que dans sa décision *Unikod* de 2004, la Cour de cassation a laissé une place aux parties pour choisir leur loi ce qui pourrait être interprété comme un « *timide et hypothétique retour à la méthode conflictuelle* » (C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, spé. n°600, p.648).

¹²⁷¹ Messieurs Seraglini et Ortscheidt soulignent que la méthode des règles matérielles appliquée aux questions relatives à la convention d'arbitrage « *s'est progressivement étendue et que peu de questions paraissent aujourd'hui pouvoir lui échapper* » (C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, spé. n°601, p.550-551).

¹²⁷² P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, spé. n°442, p.252.

effet, la comparaison des mérites respectifs de ces deux méthodes doit pousser, semble-t-il, à rejeter la méthode des règles matérielles au profit de la méthode conflictuelle.

§2) Le rejet de la méthode des règles matérielles

Les qualités que certains reconnaissent à la méthode des règles matérielles nous paraissent insuffisantes pour justifier d'y recourir pour la responsabilité arbitrale (A). Cela, d'autant plus que cette méthode présente un inconvénient majeur en notre matière, que la méthode conflictuelle ne comporte pas (B).

A) Des qualités insuffisantes

339. Plusieurs qualités sont généralement attribuées à la méthode des règles matérielles : d'abord, elle présenterait l'avantage de la simplicité, par rapport à la méthode conflictuelle ; ensuite, elle permettrait une uniformisation des règles applicables ; enfin, elle serait propice à la mise en place de règles spécifiquement adaptées à la situation en cause. Or, aucune de ces qualités ne suffit à emporter l'adhésion. En effet, en premier lieu, la simplicité n'est pas l'apanage de la méthode des règles matérielles ; elle est parfois partagée par la méthode conflictuelle (1). En deuxième lieu, l'uniformisation des règles est nécessairement limitée (2). En troisième lieu, l'adéquation des règles matérielles à la situation internationale qu'elles régissent s'avère également partagée par la méthode conflictuelle, en matière de responsabilité arbitrale (3).

1. *Une simplicité partagée*

340. Le recours à la méthode des règles matérielles permet de résoudre le litige sans qu'il soit besoin de faire application d'une autre règle. Cette méthode serait donc idéale en ce qu'elle est un mode direct de règlement des litiges, par contraste avec la méthode conflictuelle, ou savignienne, qui impose un règlement indirect du conflit au fond qui viendrait ajouter de la difficulté. Autrement dit, la règle matérielle apporte une solution immédiate tandis que la règle savignienne impose d'ajouter une étape préalable qui tend à déterminer la loi applicable. Il pourrait alors être soutenu que la méthode conflictuelle est plus compliquée et appelle une technicité plus grande, ce qui pourrait

conduire à plébisciter l'application d'une norme évitant cette étape, telle une règle matérielle. Cela est absolument vrai dans certaines situations, notamment lorsque l'application du critère de rattachement est excessivement délicate. Mais tel n'est pas toujours le cas.

De fait, il est vrai que la méthode conflictuelle nécessite l'application de deux règles différentes, mais cela n'induit pas nécessairement que la méthode soit complexe. Appliquer une première règle qui n'apporte pas la solution au litige n'est pas toujours compliqué. Ainsi, par exemple, la validité du mariage, quant aux conditions de fonds, doit s'apprécier au regard de la loi nationale des époux¹²⁷³ tandis que s'agissant des conditions de forme, elles s'apprécient conformément aux dispositions de la loi du lieu de célébration du mariage¹²⁷⁴. Dans un cas comme dans l'autre, la détermination de la loi applicable n'apparaît pas comme particulièrement complexe. Dans d'autres situations, les choses sont moins aisées. Ainsi, lorsque la loi des parties n'est pas conforme aux dispositions législatives, il faudra raisonner pour déterminer si la loi des parties peut toujours trouver à s'appliquer ou si la disposition législative est d'ordre public et fait alors obstacle à l'application de la règle contractuelle. Dans tous les cas, la résolution n'est pas directe, mais cette difficulté n'est insurmontable pour aucun juriste.

De manière générale, si la détermination de la loi applicable est aisée, la simplicité de la méthode des règles matérielles n'est pas un argument en faveur de sa supériorité. Dès lors que l'identification de la loi applicable ne pose aucune difficulté, la méthode des règles matérielles perd une raison de s'imposer face à la méthode savignienne. Tout dépend en réalité du critère retenu pour désigner la loi applicable. Or, s'agissant de la responsabilité arbitrale, il est tout à fait possible de recourir à la méthode savignienne sans rendre complexe l'identification des règles applicables. On le verra, certains critères s'avèrent très simples à mettre en œuvre¹²⁷⁵. Ainsi, la simplicité n'étant pas propre à la méthode des règles matérielles, elle peut être un objectif à poursuivre dans la recherche du critère le plus adapté, dans le cadre de la méthode

¹²⁷³ En ce sens, v° article 202-1, alinéa 1er, du Code civil qui énonce : « *Les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage sont régies, pour chacun des époux, par sa loi personnelle. Quelle que soit la loi personnelle applicable, le mariage requiert le consentement des époux, au sens de l'article 146 ete du premier alinéa de l'article 180* ».

¹²⁷⁴ En ce sens, v° article 202-2 du Code civil qui prévoit : « Le mariage est valablement célébré s'il l'a été conformément aux formalités prévues par la loi de l'Etat sur le territoire duquel la célébration a eu lieu ».

¹²⁷⁵ V° *infra*, n° 360.

conflictuelle. Le recours à des règles matérielles s'imposera alors d'autant moins que la méthode conflictuelle présente par ailleurs des avantages déterminants¹²⁷⁶.

Au total, la simplicité de la règle matérielle ne justifie pas à elle seule le recours à cette méthode, si l'application de la règle de conflit de loi n'induit pas de difficulté particulière. Les autres qualités habituellement reconnues à la méthode des règles matérielles ne convainquent pas davantage.

2. *Une uniformisation limitée*

341. L'un des avantages de la méthode des règles matérielles tient à ce que la mise en place de règles matérielles permettrait une uniformisation du droit international en entraînant « *une dilution des espaces nationaux* »¹²⁷⁷. À l'inverse, la méthode conflictuelle encouragerait une nationalisation des règles applicables aux contentieux internationaux, en ce qu'elle n'offre pas une approche universaliste puisque tous les États ne partagent pas les mêmes règles de conflit de lois.

342. Cet effet d'harmonisation doit être relativisé, dans la mesure où il suppose que la même règle matérielle soit adoptée par le plus grand nombre d'États.

Or, d'une part, l'uniformisation n'est jamais absolue, même lorsqu'elle est importante. On peut, par exemple, reconnaître que la convention de Vienne sur les ventes mobilières fait partie de ces règles matérielles qui, entrées en vigueur dans quatre-vingt-douze pays, ont très largement uniformisé le droit international relativement aux questions qui se posent en matière de vente mobilière internationale. Cela étant, il reste que cette convention ne s'applique que dans moins de la moitié des États membres de l'Organisation des Nations Unies. De même, la convention de New-York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales réunit cent cinquante-six États contractants et vingt-quatre États signataires, ce qui traduit également une harmonisation importante, mais pas pour autant absolue. L'uniformisation apparaît donc davantage comme un objectif que comme une réalité ; les règles matérielles n'effacent pas les particularités des droits internes.

¹²⁷⁶ V° *infra*, n°333.

¹²⁷⁷ La formule est empruntée à Monsieur Loquin (E. LOQUIN, « Règles matérielles du commerce international et droit économique », *Revue internationale de droit économique*, 2010/1 t.XXIV, spé. n°2.1, p.86).

D'autre part, l'uniformisation à grande échelle n'est pas consubstantielle à toutes les règles matérielles, loin s'en faut. En effet, si les règles matérielles peuvent avoir des sources internationales, elles peuvent tout autant reposer sur des sources nationales¹²⁷⁸. Ainsi, le droit français connaît des règles matérielles de source nationale légale et prétorienne¹²⁷⁹. Or, ces règles ne sont pas, par leur source, naturellement destinées à être uniformisées : elles relèvent d'une conception française, qu'elle soit celle du législateur ou du juge, de la solution « universelle » à apporter au contentieux en présence. Dans ces situations, on a finalement une application d'une règle du for, prise par lui, qui s'applique à une situation internationale. La méthode conflictuelle, comme la méthode des règles matérielles, aboutiraient alors au même résultat : l'application d'une règle de fond nationale. Si tous les droits nationaux opèrent de la sorte, on est bien loin d'une uniformisation¹²⁸⁰. En somme, l'harmonisation peut être particulièrement limitée lorsque les règles matérielles sont de source nationale¹²⁸¹ ; elles peuvent même conduire à un *lex forisme* systématique.

343. Or, c'est bien ce qui risquerait de se produire si l'on recourait à la méthode des règles matérielles pour régir la responsabilité de l'arbitre. En effet, aucun projet n'existe à l'heure actuelle en faveur de la création d'une norme internationale portant sur la responsabilité arbitrale. Dans l'attente d'une éventuelle évolution en ce sens, seule à même de conduire à une harmonisation au niveau international, c'est nécessairement à l'échelle du droit français que pourrait se construire un régime de responsabilité fondé

¹²⁷⁸ En ce sens, v° P. GOTHOT, P. LAGARDE, *Répertoire de droit international*, Dalloz, v° Conflits des lois : principes généraux, 2006, spé. n°10 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, Dalloz, 10^e édition, 2013, spé. n°27 et s., p.21 et s. ; S. CLAVEL, *Droit international privé*, Dalloz, 5^e édition, 2018, spé. n°195 et s., p.114 et s.

¹²⁷⁹ Tel est le cas par exemple des règles de compétence judiciaire internationale qui sont de source nationale. C'est aussi, techniquement, le cas de la règle française qui pose le principe de validité de la convention d'arbitrage (en ce sens, v° D. HASCHER, *Répertoire de droit international*, Dalloz, v° Arbitrage du commerce international, 2005, spé. n°20). Ces règles sont parfois dégagées par la jurisprudence. C'est le cas de la règle, dégagée dans l'arrêt *Galakis*, suivant laquelle l'interdiction de compromettre des personnes de droit public ne devait pas s'appliquer en matière internationale (Civ. 1^e, 2 mai 1966, n°256).

¹²⁸⁰ Au sujet des règles matérielles de source nationale, des auteurs ont pu énoncer : « *La démarche [i.e. appliquer la méthode des règles matérielles lorsque les règles sont de source nationale] conduit en effet à une application systématique de la lex fori, ce qui peut être vu comme une régression du droit international privé, à peine compensée par la modernité supposée des solutions retenues par les règles matérielles en question* » (J. BEGUIN, M. MENJUCQ (dir.), *Droit du commerce international, op.cit.*, spé. n° 1981, p. 1114).

¹²⁸¹ Madame Clavel évoque d'ailleurs l'harmonisation des législations, qui est l'une des fonctions de la méthode des règles matérielles, uniquement lorsque les règles matérielles sont d'origine conventionnelle. Ce faisant, elle souligne que c'est uniquement lorsque la règle matérielle est de source internationale et qu'elle s'applique à différents États qu'elle a prétention à harmoniser les législations (S. CLAVEL, *Droit international privé*, Dalloz, 5^e édition, 2018, spé. n°199 et s., p.115 et s.).

sur des règles matérielles. De telles règles, si elles étaient adoptées, n'auraient pas un effet d'uniformisation, mais, au contraire, aboutiraient à un fort *lex forisme* en dessinant un régime de responsabilité impératif mais de conception purement française. Une fois encore, la qualité d'uniformisation généralement reconnue à la méthode des règles matérielles apparaît ici insuffisante, parce qu'elle ne trouverait pas à s'appliquer en matière de responsabilité arbitrale ; du moins, pas à court ou moyen terme.

En parallèle, la méthode conflictuelle apparaîtrait ici plus respectueuse du caractère international du conflit. En effet, elle repose sur le recours à une règle de conflits de loi qui va, par l'application d'un critère de rattachement, déterminer la loi applicable à la situation internationale. Cette loi peut évidemment être celle du for, mais aussi une loi étrangère. La méthode conflictuelle offre donc la possibilité de désigner comme applicable une loi autre que celle du for. Ce faisant, elle évite le *lex forisme* auquel peut conduire le recours à la méthode des règles matérielles, lorsque lesdites règles ne sont pas uniformisées. Plus encore, elle pourrait même conduire à l'harmonie des solutions car les différents Etats pourraient désigner la même loi.

La dernière qualité invoquée en faveur de la méthode des règles matérielles n'apparaît pas davantage décisive en notre matière.

3. *Une adéquation partagée*

344. Une dernière qualité reconnue à la méthode des règles matérielles tient à ce que ces règles seraient pensées spécifiquement pour les contentieux internationaux et seraient ainsi particulièrement adaptées aux problématiques de droit international¹²⁸².

Cette qualité de la règle matérielle justifie de recourir à cette méthode uniquement lorsqu'elle apporte une solution adaptée, ce que ne serait pas en mesure de faire la méthode savignienne qui conduit à l'application d'une règle interne. Or, il est au moins deux cas de figure dans lesquels il peut être pleinement satisfaisant d'élever une règle de droit interne pour l'appliquer à un contentieux international. Tel est le cas, d'abord, lorsque la règle interne est suffisamment moderne pour pouvoir prétendre

¹²⁸² E. LOQUIN, « Règles matérielles du commerce international et droit économique », *Revue internationale de droit économique*, 2010/1 t.XXIV, spé. n°2.1, p.86.

régir une situation internationale¹²⁸³. Tel est également le cas, ensuite, lorsque la situation internationale n'est pas suffisamment différente de la situation interne pour que les normes internes s'avèrent inadaptées.

Dans ces hypothèses dans lesquelles la règle interne s'avère adaptée à la situation internationale, il n'est pas besoin d'en faire une règle matérielle ; il suffit que cette règle interne trouve à s'appliquer, ce qui peut tout à fait être le cas par l'effet d'une règle de conflit de lois. Dans ces cas de figure, la méthode des règles matérielles n'emporte pas l'application d'une règle plus adaptée que la méthode conflictuelle désignant la loi française comme loi applicable : dans tous les cas, c'est une règle adaptée au contentieux international qui va trouver à s'appliquer, soit parce qu'elle a été conçue pour ce type de contentieux (règle matérielle), soit parce qu'elle peut opportunément s'appliquer aux contentieux internes et internationaux (en tant que règle interne désignée par la règle de conflit de lois).

345. La question de la responsabilité arbitrale correspond justement à l'une de ces situations dans lesquelles les règles internes s'avèrent tout aussi adaptées à la matière internationale que des règles qui seraient spécifiquement créées pour cette matière. En effet, le contentieux international ne nécessite pas de règles spécifiques. Toutes les conditions de la responsabilité peuvent s'appliquer aussi bien à l'arbitre interne qu'à l'arbitre international. Rien ne justifie que la faute de l'arbitre, le dommage ou le lien de causalité soient appréciés différemment pour l'arbitre interne et l'arbitre international. Que l'arbitre ait siégé dans le cadre d'un arbitrage interne ou international, sa responsabilité doit répondre au même régime. Dès lors, si les règles internes applicables à la responsabilité de l'arbitre sont adaptées pour l'arbitrage international, le recours à la méthode des règles matérielles ne s'impose pas. Ces règles peuvent tout autant trouver à s'appliquer par le truchement d'une règle de conflits de loi que par celui de règles matérielles. Substantiellement, la méthode des règles matérielles n'apporterait ici aucun avantage par rapport à la méthode conflictuelle.

À l'issue de ces développements, il apparaît que les qualités habituellement reconnues à la méthode des règles des règles matérielles sont insuffisantes pour justifier

¹²⁸³ Messieurs Seraglini et Orscheidt soulignent que lorsque la règle interne est suffisamment moderne, il n'est pas évident qu'elle soit moins adaptée qu'une règle matérielle (C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, spé. n°602, p.551-552).

qu'il y soit recouru en matière de responsabilité arbitrale. Outre ces qualités insuffisantes, un argument décisif conduit à rejeter l'application de cette méthode en notre matière : cet argument tient à l'existence d'un inconvénient majeur inhérent à la méthode des règles matérielles, qui ne se retrouve pas dans la méthode conflictuelle.

B) Un inconvénient majeur

346. En l'état du droit positif, il n'existe, au sujet de la responsabilité arbitrale, aucune règle matérielle de source internationale construite sur le modèle de la Convention de Vienne sur la vente mobilière ou celle de New-York sur l'exécution et la reconnaissance des sentences arbitrales. Il n'existe pas davantage de règles matérielles issues de la loi nationale. Dès lors, si une règle matérielle devait être dégagée en ce domaine dans un futur proche¹²⁸⁴, elle le serait probablement par la jurisprudence, dont on a vu qu'elle ne se privait pas de le faire en matière d'arbitrage¹²⁸⁵. Un inconvénient majeur se dresserait alors face à l'utilisation de cette méthode : la difficulté de construire un régime complet.

En effet, comme on l'a vu avec la règle matérielle que la Cour de cassation a dégagée pour la question de la solidarité de la dette d'honoraires des parties¹²⁸⁶, lorsque le juge recourt à la méthode des règles matérielles, la règle qui s'applique a un objet très restreint : elle ne vise qu'un point particulier du régime de la question traitée. Par exemple, la règle posée au sujet de la solidarité de la dette d'honoraires ne répond pas à la question de l'existence d'un recours subrogatoire entre les parties. La partie qui aura payé l'intégralité des honoraires pourra-t-elle se retourner contre celle qui n'a pas contribué à la dette ? La règle matérielle dégagée par la Cour de cassation ne traite pas de cette question, de sorte que, pour y répondre, il faudra soit recourir à une autre règle matérielle, soit recourir à la méthode conflictuelle pour déterminer la loi compétente sur ce point.

En matière de responsabilité, les inconvénients découlant de la précision de la règle matérielle seraient très importants. En effet, la responsabilité de l'arbitre pose de très nombreuses questions, puisqu'elle implique notamment de déterminer le fait

¹²⁸⁴ On soulignera quand même que l'arrêt *Hecht* est éloigné de presque vingt ans de l'arrêt *Dalico* : la consécration prétorienne peut prendre un certain temps pendant lequel les litigants sont laissés à leurs incertitudes.

¹²⁸⁵ V° *supra*, n°336 et s.

¹²⁸⁶ V° *supra*, n°336.

générateur de responsabilité, le lien de causalité, le dommage réparable et l'étendue de la réparation, ou encore les causes d'exonération. Si l'intégralité du régime de la responsabilité arbitrale devait se construire par des règles matérielles, il serait nécessairement élaboré par petites touches, au gré des occasions données à la jurisprudence de se prononcer sur telle ou telle difficulté. L'élaboration d'un tel régime serait évidemment très longue, ce qui créait une grande imprévisibilité des solutions. Il est évident qu'une telle situation n'est pas souhaitable et pourrait être extrêmement préjudiciable à Paris comme place d'arbitrage. En effet, quel arbitre aurait encore envie de siéger dans un arbitrage qui pourrait conduire à ce que sa responsabilité se trouve engagée devant le juge français, susceptible d'appliquer des règles matérielles que l'arbitre ne pouvait pas prévoir puisqu'elles n'étaient pas encore dégagées au moment où il a accepté de siéger ?

347. À l'inverse, la méthode conflictuelle apporte des réponses à l'ensemble des problématiques susceptibles de se poser, puisqu'elle attribue à un *corpus* législatif préexistant la compétence pour connaître d'une question dans son ensemble. Le renvoi à un tel corps de règles, nécessairement plus complet que des règles matérielles dégagées au fur et à mesure des contentieux, apporte une prévisibilité dont la méthode des règles matérielles est dépourvue. Cela représente un avantage déterminant de la méthode conflictuelle, qui permet l'application d'un régime de responsabilité complet et immédiatement mobilisable, là où la méthode des règles matérielles présenterait l'inconvénient majeur d'intervenir dans un domaine où aucune règle n'a encore été élaborée. Cet inconvénient majeur justifie à lui seul que le recours à la méthode des règles matérielles soit écarté au profit de la méthode conflictuelle.

Il reste alors à envisager l'application de la règle de conflit de lois en gardant à l'esprit que les critères retenus pour désigner la loi applicable peuvent être plus ou moins complexes à mettre en œuvre. Il faudra donc veiller à retenir un critère simple à mettre en œuvre, afin que la méthode conflictuelle ne perde pas sa supériorité sur la méthode des règles matérielles.

Section 2 : L'application de la méthode conflictuelle

348. La question de la loi applicable aux contentieux internationaux est tranchée par différents outils. Certains sont propres à la matière arbitrale. Tel est le cas, par exemple, de la Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue à New-York le 10 juin 1958, ou de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international, signée à Genève le 21 avril 1961. Ces textes, toutefois, ne prévoient pas la loi applicable à la responsabilité de l'arbitre ayant siégé dans un tribunal arbitral international¹²⁸⁷. À défaut de texte spécial régissant cette question, il convient de se référer aux Règlements dits Rome I¹²⁸⁸ et Rome II¹²⁸⁹ qui déterminent la loi applicable aux obligations contractuelles et aux obligations extracontractuelles. Ces textes font aujourd'hui figure de droit commun en matière de loi applicable, dès lors qu'ils prétendent à l'universalité¹²⁹⁰. Il est vrai que leur applicabilité à l'arbitrage peut être mise en doute¹²⁹¹. Toutefois, en l'absence de texte propre à la

¹²⁸⁷ La Convention de New-York du 10 juin 1958 a pour objet de favoriser la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales tandis que la Convention européenne sur l'arbitrage international prévoit différentes règles applicables à l'arbitrage en se prononçant sur le droit applicable au fond, à la capacité des personnes à compromettre notamment.

¹²⁸⁸ Règlement n°593/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, adopté conjointement par le Parlement européen et le Conseil le 17 juin 2008.

¹²⁸⁹ Règlement n°864/2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, adopté conjointement par le Parlement européen et le Conseil le 11 juillet 2007.

¹²⁹⁰ Ce caractère universel repose sur l'article 2 du Règlement Rome I et l'article 3 du Règlement Rome II, qui sont tous deux formulés ainsi « *La loi désignée par le présent règlement s'applique, même si cette loi n'est pas celle d'un État membre* ».

¹²⁹¹ Le Règlement Rome I exclut de son champ d'application « *les conventions d'arbitrage et d'élection de for* » (article 1, 2. e). En cela, il n'exclut pas nécessairement les litiges de responsabilité arbitrale, lesquels naissent de l'exécution d'un contrat d'arbitre, et non d'une convention d'arbitrage. Certains auteurs estiment ainsi que l'exclusion de la convention d'arbitrage ne s'étend pas au contrat d'arbitre (en ce sens, v° L. d'AVOUT, S. BOLLEE, « Droit du commerce international », *D.*, 2017, p.2054 ; S. BOLLEE, « La solidarité dans le contrat d'arbitre international », *JCP G*, 27 mars 2017, p.339 ; M. LAAZOUZI, « Le contrat « d'arbitre international et la solidarité venue d'ailleurs », *RDC*, 2017, p.301, spé. n°14 et s. ; P. STOFFELMUNCK, « La solidarité passive des parties envers l'arbitre », *Les cahiers de l'arbitrage*, 2018, spé. p.711). Le Règlement Rome II, quant à lui, n'évince pas l'arbitrage de son champ d'application, ce qui conduit certains auteurs à affirmer qu'il peut s'appliquer aux obligations extra-contractuelles de l'arbitre (en ce sens, v° O. BOSKOVIC, *Répertoire de droit international*, Dalloz, v° Règlement Rome II : obligations non contractuelles, 2010, spé. n°10 ; C. NOURRISSAT, « Le champ d'application du règlement "Rome II" », in *Le règlement communautaire "Rome II" sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, ss dir. S. CORNELOUP et N. JOUBERT, LexisNexis, 2008, spé. p. 14 et s.).

Certains auteurs estiment toutefois qu'il faut retenir une interprétation extensive de l'exclusion mise en œuvre par le Règlement Rome I (et par la Convention Rome I, ouverte à la signature le 19 juin 1980, qui régissait les obligations contractuelles jusqu'à l'entrée en vigueur du règlement Rome I et qui excluait elle aussi la seule convention d'arbitrage de son champ d'application). Ainsi, Messieurs Giuliano et Lagarde considèrent que l'exclusion doit s'appliquer à la formation, la validité et aux effets des conventions d'arbitrage, ainsi qu'aux aspects procéduraux (M. GIULIANO, P. LAGARDE, « Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *Journal officiel des Communautés européennes*, 31 octobre 1980, n°C-282-1, spé. p.12, au sujet de la Convention de Rome). En ce sens également, Monsieur Clay estime que puisque le contrat d'arbitre se rattache aux « aspects procéduraux », il doit être exclu du champ d'application de la convention de Rome, comme tous les contrats portant sur ces aspects (T. CLAY, *L'arbitre*, Dalloz, 2001, spé. n°997, p.747). En faveur d'une interprétation large de

responsabilité arbitrale, ils offrent des critères de désignation de la loi applicable qui méritent d'être examinés. Cet examen montrera que la plupart des critères mis en place par ces textes sont inadaptés à la question de la responsabilité arbitrale. C'est la raison pour laquelle, suivant la même démarche de celle adoptée au sujet du juge compétent, il conviendra dans un premier temps d'écartier les critères inopportuns (§1) pour ensuite proposer de retenir ceux qui paraissent les plus adaptés à la question de la loi applicable à la responsabilité arbitrale (§2).

§1) Les critères écartés

Trois des critères qui sont mis en place par les Règlements Rome I et II doivent être évincés pour diverses raisons qui les rendent inadaptés à la responsabilité arbitrale. Il s'agit du critère fondé sur la résidence habituelle, applicable en matière contractuelle et extra-contractuelle (A), du critère fondé sur la localisation du dommage, applicable en matière extra-contractuelle (B), et du critère fondé sur le principe de proximité,

l'exclusion, ont aussi été avancés les liens qu'entretiennent la convention d'arbitrage et le contrat d'arbitre. Le lien qui les unit pourrait conduire à considérer que ces deux contrats forment un ensemble contractuel, ce qui justifierait que les dispositions relatives à la loi applicable à la convention d'arbitrage s'appliquent, par extension, au contrat d'arbitre (en ce sens, v° J.-B. RACINE, « Arbitrage international – Convention d'arbitrage- Effets – Obligations solidaire des parties au paiement – Loi étatique – règle matérielle », *Journal du droit international (Clunet)*, 2017, spé. n°19).

Enfin, un dernier argument milite en faveur d'une exclusion générale de l'arbitrage du champ d'application non seulement du Règlement Rome I, mais aussi du Règlement Rome II : il repose sur le principe de cohérence, formulé dans le septième considérant des préambules de ces deux règlements (pour une présentation de ce principe dans le préambule du règlement Rome I, v° H. KENFACK, « Le règlement (CE) n°593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), navire stable aux instruments efficaces de navigation ?, », *Journal du droit international (Clunet)* 2009, spé. n°10, p.5). Ce principe, qui poursuit un objectif d'harmonisation, veut que l'interprétation de chacun des instruments, notamment quant à son champ d'application, s'opère en cohérence avec les autres. Cette cohérence est recherchée non seulement entre les Règlements Rome I et II, mais aussi entre ces Règlements et le Règlement Bruxelles I bis (tel était aussi le cas avec le règlement Bruxelles I lorsque celui-ci s'appliquait). Or, dans la mesure où la CJCE a exclu « l'arbitrage en tant que matière dans son ensemble » du champ d'application du Règlement Bruxelles I (CJCE, 25 juillet 1991, aff. C-190-89), il est possible de considérer que cette exclusion, dans sa généralité, doit aussi concerner les Règlements Rome I et II, au nom du principe de cohérence. Certains auteurs militent en ce sens (Monsieur Jarrosson et Madame Idot considèrent ainsi que l'arbitrage, et non pas la seule convention d'arbitrage, est exclu non seulement du règlement Bruxelles I mais aussi de la Convention de Rome et du Règlement de Rome I : C. JARROSSON, L. IDOT, *Répertoire de droit européen*, Dalloz, v° Arbitrage, 2010, spé. n°2), tandis que d'autres s'interrogent, à tout le moins (v° notam. O. BOSKOVIC, *Répertoire de droit international*, Dalloz, v° Règlement Rome II : obligations non contractuelles, 2010, spé. n°10, s'étonnant que l'exclusion de l'arbitrage du champ des Règlements Rome I et Bruxelles I ne soit pas également prévue pour le règlement Rome II ; C. BRIERE, *Encyclopédie JurisClasseur Europe traité*, v° Fasc. 3206 : règlement n°864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »), avril 2019, spé. n°20, semblant considérer que l'exclusion de l'arbitrage du Règlement Rome II se justifierait au regard de la cohérence des outils communautaires, sans pouvoir être pour autant affirmée avec force, en l'état du droit positif). On le voit, l'applicabilité des Règlements Rome I et II à l'arbitrage, et spécialement à la responsabilité arbitrale, n'est pas véritablement tranchée.

applicable à la fois aux obligations contractuelles et aux obligations extra-contractuelles (C).

A) La résidence habituelle

349. Le critère fondé sur la résidence habituelle est présent à la fois dans le Règlement Rome I et dans le Règlement Rome II. En matière contractuelle, c'est le critère qui est retenu par l'article 4 du Règlement Rome I à défaut de choix des parties. En particulier, l'article 4, 1, b), vise la loi du pays dans lequel le *prestataire de services* a sa résidence habituelle, tandis que l'article 4, 2, vise de manière plus générale, pour les contrats non couverts par le paragraphe précédent, la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la *prestation caractéristique* a sa résidence habituelle. Ainsi, si l'on peut douter que le contrat d'arbitre entre dans la définition du contrat de prestation de services, il pourrait néanmoins être soumis au critère fondé sur la résidence habituelle de l'arbitre, sur le fondement de l'article 4, 2 ; c'est bien l'arbitre qui doit fournir la prestation caractéristique du contrat d'arbitre, à savoir, trancher le litige. S'agissant des obligations délictuelles, le critère de la résidence habituelle est retenu par l'article 4, 2, du Règlement Rome II dans l'hypothèse où les parties (auteur et victime du fait dommageable) vivent dans le même pays au moment de la survenance du dommage.

350. Que ce soit en matière contractuelle ou délictuelle, ce critère de la résidence habituelle n'apparaît pas adapté à la responsabilité arbitrale. Il présente, en effet, les mêmes inconvénients que ceux qui ont été relevés au sujet du domicile, utilisé comme critère de compétence juridictionnelle¹²⁹².

Ainsi, d'une part, le lieu de vie de l'arbitre et des parties à l'arbitrage n'a pas d'impact sur l'objet du litige, qui porte sur la responsabilité de l'arbitre. Ce critère ne répond donc pas à l'objectif de proximité qui doit présider à la détermination d'une loi applicable au litige. Parce qu'il repose sur un lien trop éloigné entre l'Etat désigné et l'objet du litige, le critère tiré de la résidence habituelle de l'une ou l'autre des parties à l'action en responsabilité n'apparaît donc pas pertinent pour déterminer la loi applicable à cette action.

¹²⁹² V° *supra*, n°305 et s..

D'autre part, l'application du critère du lieu de résidence habituelle risque fortement d'entraîner un morcellement du litige¹²⁹³, qui se retrouverait soumis à des lois différentes. Ainsi, en matière contractuelle, le problème se poserait chaque fois que l'action en responsabilité serait dirigée non pas contre un arbitre mais plusieurs, ayant fixé leur résidence habituelle en des pays différents¹²⁹⁴. Le critère de la résidence habituelle aboutirait alors à appliquer des lois différentes pour chaque arbitre, quand bien même les parties solliciteraient leur condamnation *in solidum* pour des manquements identiques ayant causé un même préjudice. Il serait évidemment peu souhaitable d'aboutir à un tel morcellement des lois applicables à une même action en responsabilité dirigée contre plusieurs coauteurs : les conditions de la responsabilité pouvant être différentes d'une loi à l'autre¹²⁹⁵, l'éclatement du litige pourrait conduire à retenir la responsabilité d'un arbitre et à écarter celle d'un autre, pour un même fait générateur imputable au même tribunal arbitral. De la même façon, en matière délictuelle, le recours au critère du lieu de résidence commun à la victime et à l'auteur du dommage poserait difficulté chaque fois que l'action en responsabilité opposerait plusieurs victimes à un ou plusieurs arbitres dont certains, seulement, partageraient un même lieu de résidence. Faudrait-il alors appliquer la loi du pays de résidence commun aux personnes concernées et recourir au critère principal du lieu de survenance du dommage pour les parties à l'action qui ne partagent pas un même lieu de résidence ? Une telle solution ne serait évidemment pas satisfaisante.

Si le critère de la résidence habituelle n'apparaît donc pas adapté à la responsabilité arbitrale, il en va de même du critère de la localisation du dommage, retenu par le Règlement Rome II en matière extra-contractuelle.

¹²⁹³ Monsieur Pernet qui rejette lui aussi le critère du domicile pour déterminer la loi applicable au contrat d'arbitre considère qu'il a « *pour désavantage de fragmenter la résolution d'un éventuel différend entre les parties et les arbitres en autant de lois applicables et de paus, que domicile arbitral* », M. PERNET, *Le siège de l'arbitrage international, Etude d'une autonomisation*, LexisNexis, 2020, spé. n°311, p.196.

¹²⁹⁴ Il se peut, bien sûr, que les arbitres aient fixé leurs domiciles respectifs dans un même pays. C'est toutefois assez peu probable en matière d'arbitrage international où, très souvent, le président du tribunal arbitral ne partage ni la même nationalité ni le même pays de résidence que ses coarbitres.

¹²⁹⁵ Ainsi, par exemple, le droit hongrois engage la responsabilité des arbitres qui rendent une sentence inefficace. Le droit français, en revanche, exige une faute personnelle équipollente au dol ou constitutive d'une fraude, d'une faute lourde ou d'un déni de justice lorsqu'il est reproché à l'arbitre son comportement dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle. Ainsi, l'arbitre soumis au droit hongrois pourra voir sa responsabilité engagée plus facilement que celui qui est soumis à la loi française, pour un même comportement.

B) La localisation du dommage

351. En matière extra-contractuelle, le critère principal posé par le Règlement Rome II, outre celui qui repose sur la volonté des parties, est celui qui est formulé par l'article 4, 1, du Règlement : la loi applicable est celle du pays où le dommage survient. Contrairement au Règlement Bruxelles I bis applicable en matière de compétence, le Règlement Rome II exclut expressément le critère de localisation du fait générateur de responsabilité, pour retenir celui de la localisation du dommage. Ce critère pose essentiellement deux difficultés, identiques à celles rencontrées au sujet de la localisation de l'obligation comme critère de compétence juridictionnelle.

352. D'abord, la mise en œuvre de ce critère peut manquer de simplicité. En effet, localiser le dommage n'est pas toujours chose aisée. S'il est des cas dans lesquels cela ne posera pas de difficulté, comme par exemple l'hypothèse dans laquelle le dommage invoqué réside dans les conséquences de l'annulation de la sentence prononcée dans un Etat donné¹²⁹⁶, il est également des situations dans lesquelles la localisation du dommage sera plus délicate. Où situer, par exemple, la perte de chance d'obtenir une décision favorable¹²⁹⁷ ? Au lieu où la décision favorable aurait dû être rendue ? Au lieu où elle aurait dû être exécutée ? De même, où situer la perte de chance de former un contrat ? Faut-il la localiser au lieu de la formation du contrat, ou bien au lieu de l'exécution de la prestation caractéristique ? La même question peut se poser avec la violation de l'obligation de révélation et la perte de chance de choisir un autre arbitre. Là encore, la localisation du dommage n'est pas chose aisée. On le voit, le critère de la localisation du dommage peut présenter l'inconvénient de la complexité¹²⁹⁸.

353. Ensuite, il comporte un risque non négligeable de morcellement du contentieux entre plusieurs lois applicables. Une même faute commise au cours d'un même arbitrage peut avoir entraîné plusieurs dommages survenus en des lieux différents. Ce sera par exemple le cas d'un arbitre qui, par sa faute lourde juridictionnelle, aura entraîné la nullité de la sentence arbitrale et ainsi causé un

¹²⁹⁶ Sur ce dommage, v° *infra*, n°460.

¹²⁹⁷ Sur ce dommage, v° *infra*, n°460.

¹²⁹⁸ Comp. T. CLAY, *L'arbitre*, Dalloz, 2001, spé. n°1009, p.756, qui estime que le lieu du dommage doit toujours être localisé au lieu où siège le tribunal arbitral.

préjudice économique tenant, notamment, dans la perte des frais de représentation engagés par toutes les parties à la cause. Si on imagine que les frais de représentation des parties à la cause sont localisés au lieu de leur facturation et que les parties ont reçu des factures correspondant à leurs frais de représentation dans des Etats différents, le contentieux s'en trouvera nécessairement morcelé. Il se peut aussi que deux fautes distinctes commises au cours du même arbitrage donnent lieu à des dommages situés en des lieux distincts. Ce sera par exemple le cas lorsque l'arbitre violera l'obligation de confidentialité en révélant une information confidentielle et commettra, en outre, une faute lourde juridictionnelle¹²⁹⁹ en violant le principe du contradictoire et l'obligation d'indépendance. En méconnaissant son obligation de confidentialité, l'arbitre causera un préjudice d'image, lequel pourrait être localisé dans l'Etat dans lequel l'image de la partie a été dépréciée. Dans le même temps, en commettant une faute lourde juridictionnelle entraînant la nullité de la sentence, l'arbitre causera un préjudice économique tenant dans la perte des frais de représentation, qui pourront être localisés dans l'Etat dans lequel ils auront été facturés. Si ces deux Etats sont différents, le contentieux sera, là encore, morcelé. Dans ces différents exemples, l'éclatement du litige soumis à plusieurs lois distinctes ne serait pas opportun, dès lors que l'ensemble des dommages évoqués résultent à chaque fois d'un comportement adopté au cours d'un même arbitrage. Il serait donc plus pertinent d'apprécier ce comportement à l'aune d'une même loi, donc de retenir un critère qui permette une telle unité de loi applicable.

Ces différents inconvénients, tenant à la complexité de mise en œuvre et au risque de morcellement du litige, invitent à écarter le critère de la localisation du dommage. D'autres raisons militent en faveur d'une éviction du dernier critère prévu par les Règlements Rome I et II : le critère fondé sur le principe de proximité.

C) Le principe de proximité

354. Les règlements Rome I et Rome II prévoient un critère dérogatoire¹³⁰⁰ reposant sur un principe de proximité¹³⁰¹. Ils énoncent ainsi que lorsque le contrat¹³⁰²

¹²⁹⁹ Sur la notion de faute lourde juridictionnelle, v° *infra*, n°407.

¹³⁰⁰ Pour une présentation en ce sens, v° S. FRANCQ, *Répertoire de droit international*, Dalloz, v° Règlement Rome I : obligations contractuelles, 2013, spé. n°103.

¹³⁰¹ Pour une présentation, v° P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain (Cours général de droit international privé) », *RCADI*, 1986, vol. 196, spé. p. 9-238.

ou le fait dommageable¹³⁰³ présente « *des liens manifestement plus étroits avec un pays autre* » que celui désigné par le critère principal, la loi de cet autre pays s'applique. Autrement dit, le critère de compétence est tiré de l'étroitesse des liens avec un pays. Cela pose, à l'évidence, de grandes difficultés d'application. En effet, ce critère laisse beaucoup de place au juge¹³⁰⁴ et induit donc nécessairement une casuistique, corrélée à un manque de prévisibilité¹³⁰⁵. Chaque situation est différente et peut présenter des liens plus forts avec tel ou tel État, de sorte qu'il est très difficile de prévoir quelle sera la loi applicable au fond pour un litige donné. On comprend évidemment qu'en posant cette solution, les Règlements Rome I et Rome II ont voulu permettre que la loi applicable soit celle qui présente les liens les plus étroits avec la situation pour éviter les rattachements superficiels. Il n'en demeure pas moins que le recours à ce critère induit un manque de prévisibilité. Au vrai, le principe de proximité devrait être un objectif à poursuivre, dans la recherche d'un critère de loi applicable, et non pas un critère en tant que tel, car il est alors trop imprécis.

Cet écueil a été relevé par plusieurs auteurs. Madame Francq, par exemple, souligne la contradiction interne au Règlement Rome I entre le recours au principe de proximité et la volonté énoncée au considérant 6 du préambule de favoriser la sécurité juridique¹³⁰⁶. Allant encore plus loin, Monsieur Kenfack regrette le recours au principe de proximité en ce qu'il entraîne « *une insécurité un peu trop grande dans un domaine où la prévisibilité doit être la règle* »¹³⁰⁷. Dans ce même courant, Messieurs Loussouarn, Bourel et de Vareilles-Sommières considèrent que cette méthode illustre « *l'impressionnisme juridique* »¹³⁰⁸. Monsieur Wengler, quant à lui, estime que les

¹³⁰² Article 4, 3, du Règlement Rome I.

¹³⁰³ Article 4, 3, du Règlement Rome II.

¹³⁰⁴ En ce sens, v° S. FRANCO, *Répertoire de droit international Dalloz*, v° Règlement Rome I : obligations contractuelles, 2013, spé. n°103.

¹³⁰⁵ En ce sens v° *ibid.* ; H. KENFACK, « Le règlement (CE) n°593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), navire stable aux instruments efficaces de navigation ? », *op. cit.*, spé. n°26, p.10-11.

¹³⁰⁶ S. FRANCO, *Répertoire de droit international Dalloz*, v° Règlement Rome I : obligations contractuelles, 2013, spé. n°103.

¹³⁰⁷ H. KENFACK, « Le règlement (CE) n°593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), navire stable aux instruments efficaces de navigation ? », *op. cit.*, spé. n°26, p.10-11.

¹³⁰⁸ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, Dalloz, 10^e édition, 2013, spé. n°96 et s., p. 77 et s..

rattachements qui ne permettent pas de prévoir facilement les lois applicables au fond doivent être évincés¹³⁰⁹.

Ces arguments valent *a fortiori* pour l'arbitrage. En toute matière, la prévisibilité du droit applicable au fond d'un litige international est un élément qui doit être pris en compte lorsqu'il s'agit de penser la manière dont on détermine une loi applicable. C'est d'autant plus vrai en matière de responsabilité arbitrale car le droit de l'arbitrage est un droit concurrentiel. La prévisibilité est une qualité attendue des acteurs. Aussi, l'imprévisibilité du droit de l'arbitrage, et particulièrement des règles applicables à la responsabilité arbitrale, pourrait nuire à la réputation du droit français de l'arbitrage et, partant, à son attractivité. C'est la raison pour laquelle le critère tiré de l'étroitesse des liens entre la situation litigieuse et l'Etat désigné devra être écarté en raison de son imprévisibilité, même si le critère qui sera retenu doit présenter cette qualité de proximité avec l'objet du litige.

§2) Les critères proposés

355. Tout comme au sujet du juge compétent, deux critères de désignation de la loi applicable nous semblent devoir être retenus. Le premier, prévu par les Règlements Rome I et II eux-mêmes, repose sur la volonté des parties. Il doit être le critère principal : en première intention, il faut se référer à la volonté des parties au contrat d'arbitre pour savoir si elles ont choisi une loi applicable dans le cadre du litige relatif à la responsabilité de l'arbitre. Le second critère devrait trouver à s'appliquer à défaut de choix des parties, en tant que critère supplétif : il s'agit, là encore, du siège de l'arbitrage. Les deux critères proposés sont donc celui de la volonté des parties (A) et celui du siège de l'arbitrage (B).

A) La volonté des parties

356. Les règlements Rome I¹³¹⁰ et Rome II¹³¹¹ ont recours à un critère de rattachement qui laisse une grande place à la liberté individuelle, en faisant primer

¹³⁰⁹ W. WENGLER, « L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », *RCDIP*, 1990, p.657.

¹³¹⁰ Article 3 du Règlement Rome I.

¹³¹¹ Article 14 du Règlement Rome II.

avant tout la loi d'autonomie¹³¹² des parties. La volonté étant un élément majeur en arbitrage¹³¹³, et plus largement du droit des contrats internationaux¹³¹⁴, ce critère doit, à l'évidence, être maintenu¹³¹⁵. Que ce soit en matière contractuelle ou délictuelle, les parties se voient offrir la possibilité de choisir la loi applicable à leurs obligations. Cette possibilité de choisir la loi applicable soulève plusieurs questions.

357. D'abord se pose la question de la forme et du moment de l'expression de la volonté des parties. Quant au moment de l'expression, les parties doivent pouvoir prévoir la loi applicable à tout moment, que ce soit en matière contractuelle ou délictuelle. Elles devraient donc avoir la possibilité de s'accorder sur la loi applicable aussi bien avant la réalisation du fait dommageable qu'après, et cela aussi bien en matière contractuelle qu'en matière délictuelle¹³¹⁶. S'il est classique de laisser les parties choisir la loi applicable en matière contractuelle avant la réalisation du fait générateur de responsabilité, cette solution serait innovante¹³¹⁷ en matière de responsabilité. Elle s'inspire de celle proposée par le Règlement de Rome II qui autorise que le choix de la loi applicable en matière délictuelle s'opère après la survenance du fait dommageable¹³¹⁸. Ce texte soumet toutefois cette possibilité à la poursuite par tous d'une activité commerciale, laquelle ne doit pas, au regret de certains¹³¹⁹, être confondue avec une

¹³¹² Pour une présentation de ce principe v° C. KOHLER, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatique », *RCADI*, 2019, vol. 359, spé. p.328 et s. ; J.-M. JACQUET, « L'autonomie de la volonté et la pensée juridique », in *Le Droit à l'épreuve des siècles et des frontières, Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, LGDJ, 2018, spé. p.905 et s.. Le règlement Rome I est très clair sur la place de la loi d'autonomie puisqu'il n'hésite pas à énoncer à son considérant 11 : « *La liberté des parties de choisir le droit applicable devrait constituer l'une des pierres angulaires du système de règles de conflit de lois en matière d'obligations contractuelles* ».

¹³¹³ En ce sens, v° notam. C. KESSEDJAN, « Le règlement 44/2001 et l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2009, p. 699, spé. n°2, p.701.

¹³¹⁴ M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, *Droit des contrats internationaux*, Sirey, 2^e édition, 2020, spé. n°207, p.165.

¹³¹⁵ En ce sens, v° T. CLAY, *L'arbitre*, Dalloz, 2001, spé. n°99, p.748.

¹³¹⁶ En matière délictuelle, le règlement Rome II autorise les parties à choisir la loi applicable soit postérieurement à la survenance du fait dommageable, soit avant sa survenance si les parties exercent toutes une activité commerciale (article 14.1.b). Or, en matière d'arbitrage international, il est constant que les parties ont des activités commerciales de telle sorte qu'on peut tout à fait considérer qu'elles sont en capacité de mesurer la portée d'une clause de choix de loi.

¹³¹⁷ En ce sens, v° G. LARDEUX, *JurisClasseur Droit international*, Fasc. 553-1, Source extra-contractuelle des obligations – Détermination de la loi applicable, 2008, spé. n°43.

¹³¹⁸ Le règlement Rome II autorise les parties à choisir la loi applicable soit postérieurement à la survenance du fait dommageable, soit avant sa survenance si les parties exercent toute une activité commerciale (article 14.1.b).

¹³¹⁹ Regrettant que le règlement de Rome II vise les « *activités commerciales* » et non les « *activités professionnelles* », v° G. LARDEUX, *JurisClasseur Droit international*, Fasc. 553-1, Source extra-contractuelle des obligations – Détermination de la loi applicable, 2008, spé. n°43 ; C. BRIERE, *JurisClasseur Europe*

activité professionnelle. Sans pour autant limiter ainsi le champ d'application de la solution, on pourrait retenir qu'une clause de choix de loi serait efficace au sujet de la responsabilité délictuelle de l'arbitre lorsque toutes les parties au contrat d'arbitre ont une connaissance suffisamment précise des conséquences qu'emporterait un choix de loi antérieur à la survenance du fait générateur pour leur autoriser à le faire. Cette possibilité reposerait non pas tant sur la nature commerciale des activités des parties au contrat d'arbitre, que sur le caractère averti de celles-ci. C'est d'ailleurs la logique qui sous-tend le critère du Règlement de Rome II, puisque ceux qui exercent des activités commerciales sont usés aux pratiques du commerce et sont donc réputés avoir les compétences pour mesurer l'ampleur de leur choix. Par ailleurs, cette solution aurait le mérite de traiter de manière identique les questions de responsabilité contractuelle et délictuelle, permettant ainsi d'éviter un traitement morcelé des questions de responsabilité civile de l'arbitre.

358. Ce choix initial de loi applicable, qui pourrait donc intervenir avant le fait générateur de responsabilité, devrait même pouvoir être modifié par les parties à tout moment. Bien sûr, si elles font ce choix, elles devront exprimer clairement que le choix de loi antérieur est abandonné au profit de la nouvelle loi choisie

Quant à la forme, l'accord des parties sur la loi applicable doit être exprès, non pas tant pour la validité de la clause, car rien ne semble imposer une telle exigence, mais pour une question de preuve. En effet, si les parties ne sont pas en mesure de démontrer qu'elles ont choisi une loi applicable, celle-ci ne pourra trouver à s'appliquer. Les parties doivent donc insérer dans le contrat d'arbitre ou dans l'acte de mission une clause prévoyant la loi applicable aux questions de responsabilité. Cette clause pourrait être rédigée de la manière suivante : « *tout litige relatif à la responsabilité contractuelle et/ou délictuelle des arbitres sera soumis à telle loi* ». En dehors de cette formulation, des difficultés¹³²⁰ pourraient survenir dans trois situations¹³²¹ : lorsque la clause ne précise

Traité, Fasc. 3206, Règlement (CE) n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »).

¹³²⁰ Pour Monsieur Jacquet les difficultés sont rares car la clause de choix de loi est un acte « *simple et bref* » (J.-M. JACQUET, *Répertoire de droit international*, Dalloz, Contrats, 1998, spé. n°63). Toutefois, elles peuvent quand même exister, ce qui justifie que nous les évoquions.

¹³²¹ Ces situations problématiques sont celles que l'on trouve en matière de clause de choix de compétence. En ce sens, v° *supra* n°319 et s.

pas la nature de la responsabilité qui est soumise à la loi choisie¹³²² ; lorsqu'elle ne vise qu'une nature de responsabilité¹³²³ ; enfin, lorsque la loi choisie est désignée pour régir une question en lien avec le contrat d'arbitre, sans que la question de la responsabilité ne soit expressément visée¹³²⁴. Pour un traitement cohérent de la clause d'attribution de compétence et de la clause de choix de loi, nous proposons que l'interprétation retenue en matière de clause d'attribution de compétence¹³²⁵ soit également celle retenue en matière de clause de choix de loi. Ainsi, pour les clauses ne précisant pas la nature de la responsabilité, la loi choisie devrait régir tant les aspects de responsabilité contractuelle que ceux de responsabilité extracontractuelle. Pour les clauses qui ne soumettent à la loi choisie que la responsabilité contractuelle ou délictuelle, elles devraient être interprétées comme attribuant compétence à la loi pour connaître des deux types de responsabilité, sauf si elles comportent une volonté expresse contraire¹³²⁶. Enfin, les clauses qui désignent une loi pour connaître d'un contentieux relatif au contrat d'arbitre sans mentionner spécifiquement la responsabilité civile de l'arbitre, elles devraient être interprétées comme soumettant à la loi désignée les questions de responsabilité contractuelle et délictuelle de l'arbitre.

359. Ensuite, se pose la difficulté du corps de règles que les parties peuvent choisir. Autrement dit, sont-elles obligées de désigner une loi étatique ou peuvent-elles désigner un droit non étatique, tels la *lex mercatoria* ou les principes Unidroit ? La réponse va dépendre de celui à qui les parties auront donné compétence. En effet, si les parties ont choisi de donner compétence à un tribunal arbitral pour connaître de la responsabilité civile du tribunal arbitral dont le comportement est discuté, alors elles pourront sans aucune difficulté choisir de faire trancher la question par un corps de

¹³²² Ces clauses pourraient être rédigées de la sorte : « tout litige relatif à la responsabilité civile des arbitres sera soumis à telle loi ».

¹³²³ Ces clauses pourraient être rédigées ainsi : « tout litige relatif à la responsabilité contractuelle des arbitres sera soumis à telle loi » ou encore « tout litige relatif à la responsabilité délictuelle des arbitres sera soumis à telle loi ».

¹³²⁴ Ces clauses pourraient être rédigées ainsi : « tout litige relatif au paiement des honoraires des arbitres au titre de l'exécution du contrat d'arbitre sera soumis à telle loi ».

¹³²⁵ A ce sujet, relativement à la clause compromissoire, v° *supra* n°315, et à la clause d'attribution de compétence judiciaire, v° *supra* n°322.

¹³²⁶ Ces clauses pourraient être rédigées comme suit : « tout litige relatif à la responsabilité contractuelle des arbitres sera soumis à tel loi. En revanche, cette loi ne connaîtra pas des litiges relatifs à la responsabilité délictuelle » ; ou bien : « tout litige relatif à la responsabilité contractuelle des arbitres sera soumis à tel loi. En revanche, les litiges relatifs à la responsabilité délictuelle seront soumis à telle autre loi ».

textes non étatiques encore dit anational ou transnational¹³²⁷. En revanche, si elles ont donné compétence à un juge pour connaître de la responsabilité civile de l'arbitre, les parties seront dans l'obligation de choisir une loi étatique car le juge ne peut trancher un contentieux en faisant application d'autres règles¹³²⁸.

B) Le siège de l'arbitrage

360. Le critère du siège de l'arbitrage, dont on a vu qu'il était le plus opportun pour désigner le juge compétent¹³²⁹, apparaît également comme le plus approprié pour désigner la loi applicable à la question de la responsabilité arbitrale¹³³⁰. Il remplit en effet toutes les qualités qui font défaut aux critères posés par les Règlements Rome I et II, et présente en outre l'intérêt de limiter le phénomène du *law shopping*.

361. D'abord, il présente une qualité de **proximité** avec l'objet du litige¹³³¹ qui fait défaut au critère de la résidence habituelle. Cette proximité fait d'ailleurs la supériorité du critère du siège de l'arbitrage sur d'autres rattachements qui ont pu être imaginés par la doctrine, tels que la loi choisie pour trancher le fond du litige soumis à l'arbitrage, ou encore la loi applicable à la convention d'arbitrage¹³³². En effet, la loi applicable au fond du litige arbitré, à supposer qu'il s'agisse d'une loi étatique¹³³³, peut n'avoir aucun lien avec la question de la responsabilité arbitrale. Il suffit d'imaginer un tribunal arbitral siégeant en France avec un acte de mission ou des contrats d'arbitre formés en France causant un dommage en France après avoir commis en France le fait

¹³²⁷ La dénomination s'agissant de ces règles non étatiques n'est pas ancrée dans le marbre. Les auteurs débattent encore. En ce sens, v° C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitre interne et international*, *op. cit.*, spé. n°890, p.881.

¹³²⁸ En ce sens, v° J.-M. JACQUET, *Répertoire de droit international*, Dalloz, v° Contrats, 1998, spé. n°96-97 ; G. CUNIBERTI, « La Lex Mercatoria au XXI^e siècle : Une analyse empirique et économique », *Journal du droit international (clunet)*, n°3, juillet 2016, doct. 6, spé n°2).

¹³²⁹ Sur cette démonstration, v° *supra*, n°327 et s..

¹³³⁰ En ce sens, présentant ce critère comme le plus adapté, v° L. JANDARD, *La relation entre l'arbitre et les parties, critique du contrat d'arbitre*, Thèse dactylographiée, spé. n°274, p.96 ; B. MOREAU, E. GLUCKSMANN, P. FENG, *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, v° Arbitrage international, 2016, spé. n°136. Monsieur Clay, quant à lui, estime que le siège de l'arbitrage doit être retenu pour déterminer la loi applicable au contrat d'arbitre T. CLAY, *L'arbitre*, Dalloz, 2001, spé. n°1007, p.755 ; pour la responsabilité délictuelle de l'arbitre, en revanche, il propose que soit maintenue la *lex loci delictii* (T. CLAY, *L'arbitre*, Dalloz, 2001, spé. n°1009, p.756).

¹³³¹ Sur cette proximité, v° *supra*, n°327.

¹³³² Envisageant ces deux rattachements possibles, pour les évincer, v° T. CLAY, *L'arbitre*, Dalloz, 2001, spé. n°1003, p.751.

¹³³³ On le sait, lorsque ce sont les parties qui choisissent les règles applicables pour trancher leur litige, elles ne sont pas tenues de désigner une loi étatique. Elles peuvent tout aussi bien décider d'être régies par un corps de règles anationales, voire demander à l'arbitre de statuer en équité.

générateur et faisant pourtant au fond application d'une loi autre que la loi française. De la même façon, la loi applicable à la convention d'arbitrage n'a pas nécessairement de lien avec la tenue de l'arbitrage au cours duquel la faute génératrice de responsabilité a été commise. En effet, la convention d'arbitrage lie les parties qui s'opposent dans le cadre du litige arbitré et elle est généralement conclue au même moment que le contrat litigieux soumis à l'arbitre. Le contrat d'arbitre, quant à lui, ne lie pas les mêmes parties puisqu'il est souscrit entre l'arbitre, d'une part, et l'ensemble des parties en litige, d'autre part. Les circonstances dans lesquelles ces deux conventions ont été conclues peuvent être très différentes. Ainsi, le contrat qui donne lieu au litige arbitré peut être formé très longtemps avant le contrat d'arbitre, en des lieux différents du contrat d'arbitre et surtout pour des raisons très différentes du contrat arbitré. Ces exemples illustrent la possibilité que le litige relatif à la responsabilité arbitrale ne présente aucun lien avec la loi applicable au fond du litige arbitré ou avec la loi applicable à la convention d'arbitrage. Ces deux critères ne peuvent donc être retenus, en raison de leur absence de proximité avec l'objet du litige.

De ce point de vue, le siège de l'arbitrage apparaît tout à fait adapté, de par les liens qu'il entretient nécessairement avec le litige relatif à la responsabilité arbitrale. En effet, ce litige est intimement lié au déroulement de la procédure arbitrale laquelle s'encre précisément dans le pays où est fixé le siège de l'arbitrage. Ce critère permet de rattacher l'arbitrage à un for. Il détermine notamment la compétence du juge de l'*exequatur* pour les sentences internationales rendues en France¹³³⁴ ou encore la compétence du juge d'appui¹³³⁵, lequel a un rôle non négligeable dès lors qu'il permet, comme le soulignent Messieurs Seraglini et Orstchedit, « *d'éviter la paralysie de l'arbitrage et [d']assurer l'efficacité des conventions d'arbitrage* »¹³³⁶. Bien que ne s'en réjouissant pas car favorable à un détachement de l'arbitrage de tout for, Monsieur Pernet reconnaît qu'il est très largement admis que le siège de l'arbitrage est le lieu avec lequel l'arbitrage a « *le rattachement le plus étroit qu'il puisse être trouvé au contrat*

¹³³⁴ L'article 1516, alinéa 1er, du Code de procédure civile énonce : « *La sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une ordonnance d'exequatur émanant du tribunal judiciaire dans le ressort duquel elle été rendue ou du tribunal judiciaire de Paris lorsqu'elle a été rendue à l'étranger* ».

¹³³⁵ L'article 1505, 1°, du Code de procédure civile énonce : « En matière d'arbitrage international, le juge d'appui de la procédure arbitrale est, sauf clause contraire, le président du tribunal judiciaire de Paris lorsque :

1° L'arbitrage se déroule en France ».

¹³³⁶ C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, spé. n°773, p.768.

d'arbitre »¹³³⁷. La proximité du rattachement est donc, au sujet du siège de l'arbitrage, indéniable.

362. Ensuite, le critère du siège de l'arbitrage présente l'avantage d'être **simple** à mettre en œuvre, donc prévisible quant au résultat de son application. En cela, le critère du siège de l'arbitrage s'avère plus adapté que le critère de la localisation du dommage, dont on a vu la complexité¹³³⁸. Sa simplicité tient à deux facteurs.

En premier lieu, même si l'arbitrage relève de plus en plus d'une logique délocalisée¹³³⁹, tout arbitrage doit nécessairement se tenir en un lieu, de sorte qu'il existe toujours un siège de l'arbitrage. Ce critère sera donc systématiquement applicable à toute action en responsabilité. Cette systématité conduit à préférer le critère du siège de l'arbitrage à deux autres critères qui aurait pu avoir leur pertinence, à raison de leur proximité avec l'objet du litige : le critère de la loi du siège de l'institution arbitrale¹³⁴⁰, qui ne pourra pas s'appliquer dans les arbitrages *ad hoc*, à défaut d'institution arbitrale ; le critère de la loi applicable à la procédure arbitrale¹³⁴¹, qui ne sera pas forcément mobilisable. En effet, les parties peuvent déterminer directement ou indirectement les règles de procédures. Quand elles le font directement, elles édictent elles-mêmes les règles qui régiront la procédure arbitrale. Quand elles le font indirectement, elles renvoient à un règlement arbitral. Dans les deux situations, si les règles de procédure ne prévoient pas de dispositions applicables à la responsabilité arbitrale, la « loi » de la procédure arbitrale ne sera d'aucun secours pour régir la responsabilité arbitrale.

En deuxième lieu, la simplicité du critère du siège de l'arbitrage réside aussi dans le fait qu'il s'agit d'un critère éprouvé par la pratique, ce qui facilite son utilisation pour déterminer la loi applicable.

¹³³⁷ M. PERNET, *op. cit.*, spé. n°317, p.198.

¹³³⁸ V° *supra*, n°309.

¹³³⁹ En ce sens, v° C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, spé. n°853, p.842 ; T. CLAY, *L'arbitre*, Dalloz, 2001, spé. n°1007, p.754.

¹³⁴⁰ Envisageant ce critère pour le rejeter, v° T. CLAY, *L'arbitre*, *op. cit.*, spé. n°1008, p.755 ; G. BALLADORE PALLIERI, « L'arbitrage privé dans les rapports internationaux », *RCDAl*, vol. 51, 1935, spé p. 247. Pour Monsieur Pernet, le lieu du siège de l'institution doit également être rejeté en ce qu'il n'y a pas de lien « des liens subsidiaires à l'organisation de l'arbitrage qui ne pourraient justifier un rattachement pertinent du pays hôte de l'institution avec le contrat d'arbitrage » M. PERNET, *op. cit.*, spé. n°317, p.198.

¹³⁴¹ Envisageant la loi applicable à la procédure arbitrale pour la rejeter v° T. CLAY, *L'arbitre*, *op. cit.*, spé. n°1002, p.750 ; M. PERNET, *op. cit.*, spé. n°309, p.195.

363. Le critère du siège de l'arbitrage comporte en outre la qualité d'offrir une solution **cohérente**. Cette cohérence s'apprécie à deux niveaux.

D'abord, elle résulte de la soumission de l'entier litige à une seule et même loi¹³⁴². Or, les critères proposés par les Règlements Rome I et II ne garantissent pas une telle unité : le critère de la résidence habituelle, comme celui de la localisation du dommage, présentent au contraire un risque important de morcellement du litige entre différentes lois applicables¹³⁴³. Le système mis en place par les Règlements Rome I et II, qui consiste à distinguer la loi applicable en matière contractuelle et extra-contractuelle, s'avère à cet égard inadapté à la responsabilité arbitrale. Quand bien même la responsabilité de l'arbitre peut s'inscrire dans les deux ordres de responsabilité, selon le manquement reproché, il apparaît opportun de soumettre l'ensemble de la question à la même loi, sans distinguer selon que la responsabilité est recherchée sur le terrain contractuel ou délictuel. Cette exigence d'unité, qui est remplie par le critère du siège de l'arbitrage, doit conduire par ailleurs à évincer un autre critère qui a pu être proposé par la doctrine : celui du lieu de formation du contrat d'arbitre¹³⁴⁴. En effet, ce critère risque d'aboutir à un éclatement du contentieux à chaque fois que le tribunal arbitral sera constitué de plusieurs arbitres, dont l'acceptation pour siéger dans le tribunal arbitral aura été émise en des lieux différents¹³⁴⁵.

Ensuite, la cohérence offerte par le critère du siège de l'arbitrage s'apprécie au regard de l'identité des critères de désignation du juge compétent et de la loi applicable. Si la loi et le juge compétents sont ceux du siège de l'arbitrage¹³⁴⁶, le juge appliquera sa propre loi, qu'il connaît et maîtrise nécessairement mieux que les lois étrangères. C'est donc le gage d'une bonne administration de la justice que de retenir un même critère de compétence pour déterminer le juge et la loi auxquels sera soumise l'action en responsabilité de l'arbitre.

¹³⁴² Soulignant que la soumission d'un litige à une seule loi est une gageure de cohérence, v° G. LEGIER, Le règlement « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, *JCP G*, 2007, doct 207, spé. n°41. Conseillant de retenir le critère du siège de l'arbitrage pour déterminer la loi applicable au contrat d'arbitre du fait de la « *centralisation* » à laquelle il conduit, v° M. PERNET, *op. cit.*, spé. n°314, p.199.

¹³⁴³ V° *supra*, n°307 pour la résidence habituelle et n°311 pour la localisation du dommage.

¹³⁴⁴ Rappelant que ce critère a pu être proposé et concluant à son rejet, v° T. CLAY, *L'arbitre, op. cit.*, spé. n°1006, p.753.

¹³⁴⁵ Cette difficulté pourrait être surmontée en réunissant tous les arbitres en un même lieu pour la formation du contrat d'arbitre, mais la nécessité même d'une telle pratique complique inutilement la situation. Au surplus, localiser le lieu de formation du contrat n'est pas toujours chose aisée (en ce sens, v° T. CLAY, *L'arbitre*, Dalloz, 2001, spé. n°646 à 654, p.513-518).

¹³⁴⁶ Pour les arguments en faveur du critère du siège de l'arbitrage en matière de compétence juridictionnelle, v° *supra* n°325.

364. Enfin, le critère du siège de l'arbitrage permet de limiter le phénomène de *law shopping*. Celui-ci consisterait pour les arbitres ou les parties à choisir un critère de rattachement afin d'orienter la loi applicable dans un sens qui leur serait favorable. Certains critères y sont particulièrement propices : c'est le cas des critères fondés sur le lieu des audiences, le lieu du prononcé de la sentence ou encore le lieu du dépôt de la sentence¹³⁴⁷. En dépit des qualités qu'ils présentent¹³⁴⁸, ces critères ne peuvent être opportunément retenus car, contrairement à celui du siège de l'arbitrage, ils ne sont pas actuellement mobilisés comme critères de localisation pour fixer d'autres éléments de régime de l'arbitrage international. Aucune autre conséquence n'étant attachée à ces différents lieux, leur choix pourrait facilement être guidé par la seule volonté de voir telle ou telle loi s'appliquer, s'ils devenaient des critères de détermination de la loi applicable. Ainsi, il suffirait de choisir, pour les audiences, le prononcé de la sentence ou encore le dépôt de la sentence, un pays dont les règles de responsabilité sont favorables soit aux arbitres, par exemple en leur octroyant une importante immunité dans l'exercice de leur fonction juridictionnelle, soit aux parties en prévoyant une faute facilement caractérisable ou une indemnisation très forte. Le fait qu'aucune conséquence de régime ne soit attachée au choix de ces différents lieux en fait donc des critères à « risque » de *law shopping*.

A l'inverse, le critère du siège de l'arbitrage limite ce risque, dès lors qu'il emporte avec lui d'autres conséquences telles que la détermination des règles applicables à la procédure arbitrale, ou encore l'organisation des recours en annulation des sentences¹³⁴⁹. Ainsi, dans la mesure où il est assorti d'autres effets, on peut difficilement reprocher aux parties ou aux arbitres d'avoir fixé le siège de l'arbitrage en étant uniquement guidés par la volonté d'y fixer la loi applicable à la responsabilité arbitrale¹³⁵⁰. Pour toutes ces raisons, ce critère est celui qui nous semble le plus adapté pour déterminer, à titre supplétif, la loi applicable à la responsabilité de l'arbitre¹³⁵¹.

¹³⁴⁷ Envisageant ces critères, v° T. CLAY, *L'arbitre*, *op. cit.*, spé. n°1003, p.751.

¹³⁴⁸ Ces critères sont faciles à mettre en œuvre et trouvent à s'appliquer systématiquement, quel que soit le type d'arbitrage en cause. De plus, ils n'ont pas pour effet de fragmenter le contentieux.

¹³⁴⁹ Pour une présentation en ce sens des effets du siège de l'arbitrage, v° C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, spé. n°923-924, p.917-918.

¹³⁵⁰ On retrouve ici la même idée que celle développée au sujet du *forum shopping*, en matière de compétence judiciaire (v° *supra*, n°325).

¹³⁵¹ Monsieur Pernet ne lui fait qu'un seul reproche au critère du siège de l'arbitre : il rattache le contrat d'arbitre à un ordre juridique. Cet auteur souligne que cette critique peut être formulée à tous les critères qui aboutissent au même résultat en ce qu'ils témoignent d'une vision localisatrice de l'arbitrage à laquelle

CONCLUSION DU CHAPITRE

365. Tout comme la compétence juridictionnelle, la question de la loi applicable à la responsabilité arbitrale en matière internationale n'est pas tranchée par les textes, ni par la jurisprudence.

Pour identifier les règles applicables à l'action en responsabilité engagée contre l'arbitre, il nous a paru nécessaire, dans un premier temps, de nous interroger sur la méthode de détermination de la loi applicable. Il existe en effet deux méthodes : celle du conflit de lois et celle des règles matérielles. Les avantages présentés par la seconde sont apparus insuffisants pour justifier qu'il y soit recouru en notre matière, où la méthode du conflit de lois présente un avantage décisif : celui de permettre la désignation d'un corps de règles complet et prévisible régissant toutes les questions pouvant se poser en matière de responsabilité.

Pour mettre en application la règle savignienne, il restait alors à déterminer le critère le plus opportun pour désigner la loi applicable au fond dans les contentieux de responsabilité civile arbitrale. A cet égard, les critères existant en droit positif présentent tous des insuffisances qui nous ont conduit à préférer retenir des critères identiques à ceux dégagés en matière de compétence juridictionnelle. Ainsi, plusieurs arguments militent en faveur de l'adoption d'un double critère : un critère principal reposant sur la volonté des parties ; un critère supplétif tenant à la loi du siège de l'arbitrage.

Le critère tiré de la volonté des parties s'impose de lui-même, tant la loi d'autonomie présente une place importante dans le domaine de l'arbitrage. Le critère supplétif désignant la loi du siège de l'arbitrage présente peu ou prou les mêmes avantages que ceux qui ont été identifiés en matière de compétence juridictionnelle : proximité avec l'objet du litige ; simplicité de mise en œuvre ; cohérence, en ce qu'il permet à la fois d'éviter le morcellement du litige entre plusieurs lois applicables au fond et de désigner la loi du juge compétent, facilitant ainsi son application par un juge éclairé. De même que ce critère permet de limiter le *forum shopping malus* en tant que

l'auteur s'oppose. Malgré cette critique, Monsieur Pernet en vient quand même à conseiller de retenir ce critère qui présente l'avantage de centraliser les différends (M. PERNET, *op. cit.*, spé. n°318, p.198-199).

critère de désignation du juge compétent, il permet également de limiter le *law shopping* en tant que critère de désignation de la loi applicable.

CONCLUSION DU TITRE

366. La mise en œuvre de la responsabilité civile de l'arbitre implique la résolution de questions de droit international privé dès lors que la situation présente un élément d'extranéité. Ces questions sont au nombre de deux : celle du juge compétent et celle de la loi applicable. Pour l'un comme pour l'autre, ni législateur ni la jurisprudence¹³⁵² ne se sont prononcés sur les critères de détermination du juge compétent et de la loi applicable spécifiquement en matière de responsabilité arbitrale. Il apparaissait donc nécessaire de proposer des éléments de réponse dans le silence des textes et des juges.

Pour ce faire, nous avons suivi une même démarche de réflexion. Dans un premier temps, nous avons constaté l'inopportunité d'appliquer à la responsabilité arbitrale les critères existant en droit positif dans les différents instruments textuels. La démonstration de cette inopportunité nous a conduits à identifier plusieurs qualités qu'il serait souhaitable de trouver dans les critères retenus : proximité du juge et de la loi désignés avec l'objet du litige ; simplicité de mise en œuvre ; unification du contentieux. Il est alors apparu que tant le juge compétent que la loi applicable devraient être ceux du lieu du siège du tribunal arbitral, à défaut de volonté différente exprimée par les parties. Ce critère du siège de l'arbitrage, qui serait supplétif de volonté, présente notamment l'avantage d'apporter une solution unique tenant compte des spécificités de l'arbitrage, et spécialement de la nature duale de la responsabilité de l'arbitre. Il évite ainsi le morcellement du contentieux : que la responsabilité arbitrale engagée soit contractuelle ou délictuelle, le même juge et la même loi seraient désignés comme compétent et applicable.

En outre, le fait de retenir un même critère pour la compétence juridictionnelle et la loi applicable amplifie l'adéquation du critère retenu. En effet, cela aboutit à ce que le juge compétent applique la loi de son propre Etat, ce qui assure un traitement cohérent de la question et participe d'une bonne administration de la justice. Cela assure également une grande prévisibilité des solutions, d'autant plus si la loi applicable propose des solutions complètes et adaptées à la question de la responsabilité civile de l'arbitre. C'est, précisément, ce qu'il nous reste à présent à envisager : quelles sont les

¹³⁵² Sous réserve du jugement du tribunal judiciaire de Paris en date du 31 mars 2021 sur lequel v° *supra*, n°304 (note 1106) et **Erreur ! Source du renvoi introuvable.** (note 1112).

conditions d'engagement de la responsabilité civile de l'arbitre en droit français interne ?

Titre 2 : LES CONDITIONS D'ENGAGEMENT DE LA RESPONSABILITE DE L'ARBITRE EN DROIT FRANÇAIS

367. Dès lors que le droit français sera compétent, soit parce que le litige ne présentera pas d'élément d'extranéité, soit parce que le droit français aura été désigné pour trancher le litige, il faudra s'interroger sur les conditions devant être réunies pour que la responsabilité civile de l'arbitre puisse être engagée. En matière de responsabilité civile, le droit français interne connaît des dispositions propres à la responsabilité contractuelle et d'autres propres à la responsabilité délictuelle. Si l'arbitre est susceptible d'engager l'une et l'autre de ces responsabilités, comme nous l'avons démontré en première partie, aucun des régimes de responsabilité existant ne contient de règles spécialement conçues pour appréhender la question de la responsabilité de l'arbitre. Or, la responsabilité arbitrale implique des particularités du fait de la spécificité de la fonction de l'arbitre, qui consiste à trancher un litige. Il nous reviendra alors, en prenant comme point de départ les solutions de droit commun, d'en proposer une adaptation particulière pour répondre au mieux aux enjeux que soulève la responsabilité de l'arbitre, et notamment la fonction juridictionnelle de ce dernier.

368. On a coutume de dire que, pour engager la responsabilité civile, trois conditions doivent être réunies : une faute ou un manquement, un dommage et un lien de causalité reliant la faute ou le manquement au dommage. Parallèlement à cette présentation classique, il n'est pas rare que la question du fait générateur de responsabilité soit traitée séparément pour chaque régime de responsabilité et que les questions de lien de causalité et de dommage soient, au contraire, présentées ensemble. Cela s'explique par l'idée que la nature de la responsabilité civile, délictuelle ou contractuelle, n'influe que peu sur les conditions tenant au dommage et au lien de causalité, conditions dites constantes parce que requises uniformément dans tous les régimes de responsabilité¹³⁵³. Cette présentation qui consiste à dissocier, d'une part, le fait générateur et, d'autre part, le dommage et le lien de causalité, nous paraît devoir

¹³⁵³ Pour des ouvrages traitant des conditions du dommage et du lien de causalité sans tenir compte de la nature de la responsabilité, v° notam. F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil Les obligations*, Dalloz, 12^e édition, 2018 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil Les obligations : Tome 3 Le rapport d'obligation*, Sirey, 9^e édition, 2015.

être retenue parce qu'elle présente une résonance particulière en matière de responsabilité arbitrale.

En notre matière, en effet, la question du fait générateur de responsabilité présente des particularités qui justifient de la traiter séparément, et qui n'existent pas en revanche au sujet du dommage et du lien de causalité. Le droit positif n'étant pas en mesure d'apporter une réponse adaptée à la question des comportements de nature à engager la responsabilité de l'arbitre, il apparaît nécessaire d'adapter les règles de détermination des faits générateurs de responsabilité pour parvenir à une solution satisfaisante. Cette condition du fait générateur devra donc être repensée par rapport aux règles proposées par le droit commun.

À l'inverse, les règles applicables au lien de causalité et au dommage ne présentent pas les mêmes difficultés car sur ces points, la spécificité de la mission de l'arbitre est nettement moins influente. Aussi, ces conditions du droit commun pourront être directement mobilisées en matière de responsabilité arbitrale, sans qu'il soit nécessaire d'en proposer des adaptations spécifiques. Il suffira d'y recourir en cohérence avec les manquements dégagés pour que le régime de la responsabilité de l'arbitre apparaisse comme équilibré.

L'étude des conditions d'engagement de la responsabilité de l'arbitre débutera donc par la question du fait générateur, correspondant aux conditions du droit commun de la responsabilité devant être repensées (chapitre 1). S'en suivra l'étude des conditions du droit commun pouvant être directement mobilisées, à savoir le dommage et le lien de causalité (chapitre 2).

Chapitre 1 : Les conditions du droit commun devant être repensées

369. On l'a montré, pour nous, l'arbitre devrait engager une responsabilité civile de nature contractuelle lorsqu'il agit comme arbitre-contractant et délictuelle lorsqu'il est arbitre-juge. A ces responsabilités différentes correspondent des manquements différents : on parlera de faute pour la responsabilité délictuelle et de manquement pour la responsabilité contractuelle. En l'état du droit positif, ces deux notions sont connues, mais ne font l'objet d'aucune disposition législative propre à l'arbitrage. Dans le silence de la loi, la jurisprudence est venue apporter des précisions dont nous considérons qu'en l'état, elles ne sont pas satisfaisantes car elles ne permettent d'appréhender les particularités ni des obligations de l'arbitre-contractant ni de celles de l'arbitre-juge. Aussi, il nous appartiendra, après avoir montré les limites des solutions apportées par le droit positif relativement tant aux manquements contractuels qu'aux fautes délictuelles, de les dépasser pour proposer des solutions qui nous semblent plus à même de répondre de la spécificité de l'arbitrage. Ce processus nous conduira donc à repenser les comportements de nature à engager la responsabilité de l'arbitre. Cela étant, il faudra raisonner différemment selon qu'il s'agisse de déterminer la faute délictuelle de l'arbitre-juge ou le manquement contractuel de l'arbitre-cocontractant car seule la responsabilité de l'arbitre-juge doit être guidée par un principe d'immunité.

C'est donc cette nécessité de proposer une définition repensée de la faute délictuelle et du manquement contractuel qui va ici nous occuper. L'étude des manquements contractuels de l'arbitre-contractant (section 2) sera précédée de celle de la faute délictuelle de l'arbitre-juge (section 1).

Section 1 : La faute délictuelle de l'arbitre-juge

370. Aucun texte particulier, en droit français¹³⁵⁴, ne régit la question de la responsabilité de l'arbitre, que ce soit lorsqu'il agit comme cocontractant ou comme

¹³⁵⁴ Ce n'est pas le cas de tous les pays. En effet, l'Angleterre s'est doté d'un texte sur cette question. En ce sens v° article 29 de l'Arbitration Act de 1996 ; article 14 (a) du Revised Uniform Arbitration Act établi par The National Conference of commissioners on Uniform State Laws le 13 décembre 2000, disponible sur <http://www.uniformlaws.org/>; c'est aussi le cas du droit hongrois (loi LX de 2017 sur l'arbitrage) qui prévoit, depuis son entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2018, que « *Si la sentence arbitrale est annulée, la procédure arbitrale ayant abouti à la sentence annulée, sera libre de tout honoraire d'arbitre, et le tribunal*

arbitre-juge. Il est donc revenu, dans les deux cas, à la jurisprudence de préciser ce qu'il en est. En matière de responsabilité de l'arbitre-juge, la jurisprudence a soumis la matière à un principe, unanimement repris par la doctrine¹³⁵⁵, suivant lequel lorsqu'il s'agit de sa fonction juridictionnelle, l'arbitre bénéficie d'une immunité¹³⁵⁶.

Cette immunité implique que, par principe, l'arbitre-juge, dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle, n'engage pas sa responsabilité. Ce n'est que par exception, dans des situations particulières, que sa responsabilité pourra être recherchée. En l'état de la jurisprudence, ces exceptions seront qualifiées lorsque l'arbitre aura commis « *une faute personnelle équipollente au dol ou une fraude ou un déni de justice ou une faute lourde* »¹³⁵⁷ dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle.

Cette immunité, qui est la conséquence de la spécificité de la fonction de juger de l'arbitre, guide la manière dont est appréhendée la notion de faute délictuelle. Cette immunité doit être interrogée. Permet-elle au mieux, telle qu'elle est actuellement prévue, d'encadrer la responsabilité de l'arbitre du fait de sa fonction juridictionnelle sans compromettre l'exercice de cette fonction ? Nous verrons qu'en l'état, selon nous, elle doit être repensée (§ 1), dans son principe et dans ses exceptions, afin d'assurer qu'effectivement, seuls les comportements les plus graves sont de nature à engager la responsabilité de l'arbitre du fait de sa fonction juridictionnelle (§ 2).

arbitral qui a rendu la sentence annulée ne pourra prétendre à un honoraire. Dans la procédure arbitrale postérieure à l'annulation, les parties ne seront pas tenues de payer des frais administratifs » (pour une présentation, v° P. CAVALIEROS, « Le nouveau droit hongrois de l'arbitrage sous le prisme de la responsabilité de l'arbitre », *Rev. arb.*, 2018, spé. p.540 et s.) ; le droit espagnol de l'arbitrage prévoit lui aussi une disposition sur la responsabilité des arbitres à l'article 21.1 de la Loi 60/2003 du 23 décembre 2003 relative à l'arbitrage ; c'est aussi le cas en droit italien à l'article 813-ter du Décret législatif du 2 février 2006 ; ou encore de l'Inde à l'article 13 (6) de l'arbitration and Conciliation Act, 1996.

¹³⁵⁵ En ce sens, v° Le club des juristes, *Rapport*, v° La responsabilité de l'arbitre, 2017, spé. p.21 et s. ; M. HENRY, « La responsabilité de l'arbitre pour reddition de sentence tardive », *Les cahiers de l'arbitrage*, 2015, spé. p.313 ; J.-S. BORGHETTI, note sous Civ. 1^e, 15 janvier 2014 *M. S. Azran c/ M. E. Schirer et autres* et CA Paris, 31 mars 2015, *Banque Delubac & Cie c/ M. A. Bouanha et autres*, *Rev. arb.*, 2016, spé. n°11, p.511 ; E. LOQUIN, « La dualité de régime de l'arbitre », *JCP G*, 2014, spé. p.392 et s. ; T. CLAY, *L'arbitre*, Dalloz, spé. n°565 et s., p.451 et s. ; C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, spé. n°798, p.792 ; L. JANDARD, *La relation entre l'arbitre et les parties, critique du contrat d'arbitre*, Thèse dactylographiée, spé. n°312 et s., p.326 et s. ; L. AYNES, « Précisions sur la responsabilité de l'arbitre ? », *Les cahiers de l'arbitrage*, 2014, spé. p.299 ; L. WEILLER, « Le statut de l'arbitre : entre immunité et responsabilité », *Procédures*, 2014, spé. p.17 ; B. LE BARS, avec la collaboration de J. DALMASSO, *Arbitrage commercial international, Les grands arrêts du droit français*, LexisNexis, 1^{ère} édition, spé. n°19-20, p.263-265 ; P. GIRAUD, *La conformité de l'arbitre à sa mission*, Bruylant, spé. n°115, p.97 ; P. THERY, « La responsabilité de l'arbitre », *RTD Civ.*, 2006, spé. p.144 ; P. FOUCHARD, « Le statut de l'arbitre », *Rev. arb.*, 1996, spé. n°66, p.358 ; J.-Y. GARAUD, G. de RANCOURT, note sous Tribunal de grande instance de Paris, 22 mai 2017, *Rev. arb.*, 2017, spé. p.987 et s. ; en ce sens, P. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, 1^{ère} édition, Litec, spé. n°1144, p.634.

¹³⁵⁶ CA Paris, 31 mars 2011, n°09-22701 ; Civ. 1^e, 15 janvier 2014, n°11-17.196, *Bull I*, n°1 ; CA Paris, 21 mai 2019, *Blowpack SARL c/ M. C. et autres*, n°17-12238.

¹³⁵⁷ *Ibid.*

§1) Un droit positif à repenser

371. Le droit positif est construit autour d'un principe structurant la responsabilité de l'arbitre-juge suivant lequel l'arbitre est protégé par une immunité. C'est à l'aune de ce principe que la jurisprudence a dessiné le fait générateur de la responsabilité juridictionnelle de l'arbitre, à savoir la faute juridictionnelle.

Cette construction prétorienne suscite deux réflexions. D'abord, la légitimité même du principe d'immunité peut être interrogée : est-il opportun que les arbitres soient protégés contre l'engagement de leur responsabilité dans le cadre de l'exercice de leur fonction juridictionnelle ? Ensuite, l'effectivité de ce principe, à le supposer opportun, peut également être examinée : la définition de la faute génératrice de responsabilité de l'arbitre-juge permet-elle d'assurer efficacement le respect du principe d'immunité ?

On verra que, si le principe d'immunité peut apparaître comme un principe structurant adapté et servir de boussole dans l'identification de la faute juridictionnelle génératrice de responsabilité (A), la délimitation de ce fait générateur par le droit positif apparaît, quant à elle, inadaptée, dès lors qu'elle ne permet pas, en l'état, de garantir l'effectivité du principe d'immunité (B).

A) Le principe d'immunité : un principe structurant adapté

372. Dans le silence des textes, il est revenu à la jurisprudence de forger un cadre permettant de régir les questions liées à la responsabilité des arbitres. Pour ce faire, les juges, du fond dans un premier temps¹³⁵⁸, ralliés par ceux du Quai de l'Horloge dans un second temps¹³⁵⁹, ont alors distingué suivant que le manquement se rattache à la mission contractuelle de l'arbitre ou à sa fonction juridictionnelle. Dans le cadre de cette fonction, et uniquement dans ce cadre, les juges ont posé un principe d'immunité suivant lequel, en principe, l'arbitre n'engage pas sa responsabilité pour la violation de ses obligations juridictionnelles¹³⁶⁰. Ce n'est que par exception, lorsqu'il aura commis

¹³⁵⁸ TGI Paris, 13 juin 1990, *Bompard c/ C.*, *Gazette du palais.*, 1990, II, sommaire, p.417, *Rev. arb.*, 1996, p.476, note P. FOUCHARD ; CA Paris, 22 mai 1991, n°90-18.079 ; CA Paris, 31 mars 2011, n°09-22701 ; CA Paris, 21 mai 2019, *Blowpack SARL c/ M. C. et autres*, n°17-12238.

¹³⁵⁹ Civ. 1^e, 15 janvier 2014, n°11-17.196, *Bull I*, n°1.

¹³⁶⁰ À l'inverse, l'immunité ne s'applique pas en présence d'un manquement relevant de la mission contractuelle de l'arbitre. En ce sens, la cour d'appel de Paris a pu énoncer, dans une affaire dans laquelle

« une faute personnelle équipollente au dol ou une fraude ou un déni de justice ou une faute lourde »¹³⁶¹, qu'il engagera sa responsabilité dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle.

Ce principe d'immunité, ainsi dégagé par la jurisprudence, s'oppose donc à ce que la responsabilité juridictionnelle de l'arbitre soit engagée pour toute inexécution ou mauvaise exécution de ses obligations juridictionnelles. Autrement dit, sa responsabilité ne peut pas être trop facilement engagée. Pour autant, l'immunité ne se confond pas avec l'impunité : l'arbitre répond de ses fautes même lorsqu'il agit dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle. Simplement, seuls les manquements les plus graves peuvent lui être reprochés.

Ainsi compris, le principe d'immunité assure un équilibre entre irresponsabilité et insécurité qui fait toute son opportunité : parce que ses comportements les plus graves sont sanctionnés, l'arbitre n'est pas irresponsable ; parce qu'une simple faute ne suffit pas à engager sa responsabilité, il n'est pas pour autant placé dans une situation d'insécurité peu propice à l'exercice de sa fonction juridictionnelle. Le principe d'immunité permet donc d'assurer une certaine sérénité à l'arbitre dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle (1), sans pour autant instaurer sa totale impunité (2).

1. La protection de la sérénité de l'arbitre

373. Le principe d'immunité apporte aux arbitres une certaine quiétude dans l'exercice de leur fonction juridictionnelle. En effet, en limitant les manquements susceptibles d'engager sa responsabilité, il préserve l'arbitre. Une faute simple commise dans l'exercice de sa fonction ne suffira pas à inquiéter à titre personnel. On en trouve des illustrations dans la jurisprudence, notamment dans l'affaire *Blowpack*¹³⁶², dans laquelle un simple manquement à une obligation juridictionnelle n'a pas suffi à engager la responsabilité de l'arbitre ; il s'agissait, dans cette espèce, d'un manquement à l'obligation de respecter le principe du contradictoire.

la responsabilité d'un arbitre était recherchée pour non-respect des délais de l'arbitrage, donc pour la violation d'une obligation rattachée à son statut de cocontractant, que les arbitres « ne peuvent exciper d'une immunité de principe car leur mission relève de l'exécution du contrat d'arbitre et non de l'exercice de leur mission juridictionnelle » (CA Paris, 31 mars 2015, n°14-05436, H. BARBIER, *RTD Civ.*, 2015, p. 612 obs. sur CA Paris, 31 mars 2015, *Banque Delubac c/ X* ; M. HENRY, *Les cahiers de l'arbitrage*, 2015, p. 313 obs. sur CA Paris, 31 mars 2015, *Banque Delubac c/ X* ; D. BENSUAUDE, obs., *Gazette du palais*, 2015, p.20).

¹³⁶¹ CA Paris, 31 mars 2011, n°09-22701 ; Civ. 1^{re}, 15 janvier 2014, n°11-17.196, *Bull I*, n°1 ; CA Paris, 21 mai 2019, *Blowpack SARL c/ M. C. et autres*, n°17-12238.

¹³⁶² *Ibid.*.

374. Classiquement, l'immunité se définit comme un « *privilege faisant échapper une personne, en raison d'une qualité qui lui est propre, à un devoir ou une sujétion pesant sur les autres* »¹³⁶³. En matière d'arbitrage, cette protection ne repose pas sur la technicité de la mission de l'arbitre¹³⁶⁴, mais elle se justifie par la « *nécessaire sérénité du jugement* »¹³⁶⁵. En ce sens, Monsieur Loquin considère que l'immunité reconnue à l'arbitre permet de « *préserver [sa] liberté de décision* »¹³⁶⁶, son indépendance¹³⁶⁷. C'est aussi la position de Monsieur Henry, qui estime que « *faute d'immunité, le juge (comme l'arbitre) perdrait son indépendance d'esprit et de jugement, dans la crainte qu'il serait des recours des justiciables déçus par une décision qui ne leur donnerait pas raison. La justice suppose la sérénité* »¹³⁶⁸. L'immunité, dans son rôle protecteur, est donc, d'après une doctrine unanime¹³⁶⁹, rendue nécessaire par l'exercice de la fonction juridictionnelle de

¹³⁶³ G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, v° Immunité.

¹³⁶⁴ En ce sens, v° P. STOFFEL-MUNCK, « La responsabilité de l'arbitre », *Rev. arb.*, 2017, spé p.1130, n°19.

¹³⁶⁵ P. STOFFEL-MUNCK, « La responsabilité de l'arbitre », *op. cit.*, spé p.1131, n°20.

¹³⁶⁶ E. LOQUIN, « L'immunité juridictionnelle de l'arbitre et ses limites », *RTD Com.*, 2014, spé. p.315.

¹³⁶⁷ L. BERNHEIM- VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, Bruylant, spé. n°519, p.428 ; P. GIRAUD, *La conformité de l'arbitre à sa mission*, Bruylant, spé. n°118, p.100 ; J.-Y. GARAUD, G. de RANCOURT, note sous Tribunal de grande instance de Paris, 22 mai 2017, *Rev. arb.*, 2017, spé. p.987 (considérant que l'immunité préserve non seulement l'indépendance mais également l'impartialité de l'arbitre).

¹³⁶⁸ M. HENRY, « La responsabilité de l'arbitre pour reddition de sentence tardive », *Les cahiers de l'arbitrage*, 2015, spé n°2, p.313 ; *adde* du même auteur, M. HENRY, « L'indépendance de l'arbitre au cœur du Juste et de l'Utile », *Les cahiers de l'arbitrage*, 2013, spé. n°17, p.87, soulignant que « *pour la sérénité de la justice, l'arbitre ne saurait être tenu responsable que pour des manquements graves ou encore une faute caractérisée* ». Dans le même sens, présentant l'immunité comme un élément nécessaire à l'exercice serein de la fonction juridictionnelle, v° P.-Y. GAUTIER, « La responsabilité civile de l'arbitre, au regard du temps qui passe », *D.*, 2006, spé. n°3, p.274 (considérant que l'arbitre « *doit pouvoir trancher paisiblement et sereinement le différend qui lui est soumis, de sorte qu'il jouit ici d'une immunité* ») ; J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, PUF, 2016, 1^e édition, spé. n°550, p.369 ; C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, spé. n°294, p.315-316 ; P. FOUCHARD, « Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française », *Rev. arb.*, 1996, spé. n°67, p.359.

¹³⁶⁹ En ce sens, v° P. THERY, « La responsabilité de l'arbitre », *RTD Civ.*, 2006, spé. p.144 ; E. LOQUIN, « La faute de l'arbitre qui accepte d'être désigné comme arbitre dans une procédure en sachant qu'il lui était impossible de rendre de nouvelles décisions », *RTD Com.*, 2019, spé. p.55 ; E. LOQUIN, « La responsabilité des arbitres pour dépérissement du délai d'arbitrage », *RTD Com.*, 2016, spé. p.76 ; E. LOQUIN, « L'immunité juridictionnelle de l'arbitre et ses limites », *RTD Com.*, 204, spé. p.315 ; E. LOQUIN, « La dualité de régime de l'arbitre », *JCP G*, 2014, spé. p.393 ; F.-X. TRAIN, « L'arbitre, prestataire de service juridictionnel », *Revue Lamy Droit civil*, 2006, spé. n°6 ; L. JANDARD, *La relation entre l'arbitre et les parties, critique du contrat d'arbitre*, Thèse dactylographiée, spé. n°314, p.327 ; L. WEILLER, « Le statut de l'arbitre : entre immunité et responsabilité », *Procédures*, 2014, spé. p.17 ; N. FERRIER, « Le risque de responsabilité de l'arbitre et son assurance en droit interne », *Revue générale du droit des assurances*, 2012, spé. p.206 ; A. PINNA, « L'arbitre et le recours en annulation contre la sentence qu'il a rendue », *Les cahiers de l'arbitrage*, 2012, spé n°11, p.296 ; E. JUEN, « Nouveau regard sur la dualité du régime de la responsabilité de l'arbitre », in *Droit sans frontières, Mélanges en l'honneur d'Eric Loquin*, spé. p.654 ; L. AYNES, « Précisions sur la responsabilité de l'arbitre ? », *Les cahiers de l'arbitrage*, 2014, spé. p.300 ; C. DUCLERCQ, « Recours en annulation, violation du contradictoire et responsabilité du tribunal arbitral », *JCP G*, 2015, spé. p.980 ; R. DUPEYRE, « Les arbitres et centres d'arbitrage face à leurs responsabilités : le droit français à son point d'équilibre », *ASA bulletin*, vol. 32, spé. p.265-285 ; P. CASSON, « La responsabilité civile délictuelle de l'arbitre qui ne l'était pas », *JCP G*, 2008, spé. p.1253 ; J.-S.

l'arbitre. Elle protège le juge-arbitre¹³⁷⁰. Monsieur Henry considère même qu'elle est « *consubstantielle à la fonction de juger* »¹³⁷¹.

375. Pour autant, cette sérénité garantie à l'arbitre dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle n'est que relative. S'il est en principe immunisé contre l'engagement de sa responsabilité, son immunité cesse en présence de manquements graves à ses obligations juridictionnelles. Tel était le cas par exemple dans la jurisprudence Desbordes¹³⁷². De fait, l'immunité n'implique pas l'impunité. Les arbitres doivent pouvoir exercer sereinement leur fonction, sans pour autant s'autoriser tout type de comportement. La sérénité qu'offre l'immunité trouve donc sa limite dans l'intégrité absolue et la compétence qu'impose l'absence d'impunité. C'est précisément cette absence d'impunité qui, en nuancant le principe d'immunité, confère à ce dernier toute sa légitimité.

2. L'absence d'impunité de l'arbitre

376. L'immunité de l'arbitre a été désignée par certains auteurs comme une « immunité qualifiée »¹³⁷³ ou encore une « quasi-immunité »¹³⁷⁴. Cette nuance dans la formulation traduit le fait que l'immunité conférée à l'arbitre ne va pas jusqu'à lui offrir une totale impunité. En effet, l'arbitre peut voir sa responsabilité engagée en cas de faute en lien avec sa fonction juridictionnelle. Simplement, seuls les manquements les plus graves sont de nature à engager cette responsabilité. Cette limite à l'immunité, qui s'oppose à l'impunité de l'arbitre, nous semble fondée, pour plusieurs raisons.

BORGHETTI, note sous Civ. 1^e, 15 janvier 2014 *M. S. Azran c/ M. E. Schirer et autres* et CA Paris, 31 mars 2015, *Banque Delubac & Cie c/ M. A. Bouanha et autres*, *Rev. arb.*, 2016, spé. n°11, p.511 ; J.-Y. GARAUD, G. de RANCOURT, note sous Tribunal de grande instance de Paris, 22 mai 2017, *Rev. arb.*, 2017, spé. p. 987 ; B. LE BARS, avec la collaboration de J. DALMASSO, *Arbitrage commercial international, Les grands arrêts du droit français*, Thème 16 : Statuts de l'arbitre et de l'institution d'arbitrage dans l'instance arbitrale, LexisNexis, 1^e édition, spé. n°22, p.266 ; Le club des juristes, *Rapport*, v° La responsabilité de l'arbitre, 2017, spé. p.21.

¹³⁷⁰ M. MEKKI, « Le double jeu de l'arbitre et la mise en jeu de sa responsabilité », *Gazette du palais*, 2014, n°107.

¹³⁷¹ M.HENRY, « La responsabilité de l'arbitre pour reddition de sentence tardive », *Les cahiers de l'arbitrage*, 2015, spé n°2, p.313.

¹³⁷² CA Paris, 2 avril 2019 n°16-00136. Dans cette affaire, les juges de la cour d'appel de Paris retiennent la responsabilité juridictionnelle de l'arbitre qui a manqué à ses obligations de loyauté et d'impartialité.

¹³⁷³ Le club des juristes, *Rapport*, v° La responsabilité de l'arbitre, 2017, spé. p.21 et s..

¹³⁷⁴ P. STOFFEL-MUNCK, « La responsabilité de l'arbitre », *op. cit.*, spé. n°13, p. 1128; Monsieur Loquin qui parle de quasi-immunité juridictionnelle (E. LOQUIN, « L'immunité juridictionnelle de l'arbitre et ses limites », *RTD Com.*, 2014, spé. p.315.

377. D'abord, comme le rappellent Madame Jandard¹³⁷⁵ et Monsieur Borghetti¹³⁷⁶, le juge, pas plus que l'arbitre, ne bénéficie d'une impunité dans l'exercice de son office juridictionnel. Cette absence d'irresponsabilité du juge étatique, que Monsieur Bredin a pu interroger¹³⁷⁷, est la conséquence de son indépendance¹³⁷⁸ ; c'est « *l'expression achevée de la liberté* »¹³⁷⁹ du juge. En effet, le juge doit être indépendant de toute sorte de pression. Toutefois, il ne faudrait pas que cet esprit d'indépendance, qui doit animer tout juge, ne le conduise à « *une tentation de l'exaltation, [au] fantasme du "héros purificateur" qui finirait par se placer au-dessus du Droit* »¹³⁸⁰. Autrement dit, si en plus d'être indépendant le juge était irresponsable, il se pourrait qu'il dévoie sa fonction juridictionnelle. Il échapperait à toute obligation, au point qu'il pourrait se permettre d'agir comme bon lui semble. Dans un tel schéma, les décisions du juge ne pourraient pas obtenir l'adhésion de ceux à qui elles s'imposent car il pèserait sur elles une suspicion permanente de ne pas être le fruit d'un processus juridique répondant à des principes structurants respectés par le juge. Pour éviter ces écueils, le juge doit pouvoir voir sa responsabilité engagée dans le cadre de l'exercice de sa fonction juridictionnelle¹³⁸¹. Ainsi, la juste tension entre immunité d'un côté et responsabilité de l'autre assure à la fois au juge une indépendance le mettant à l'abri de toutes pressions illégitimes, notamment politiques, tout en assurant que la décision prise répond aux impératifs qui s'imposent au juge. Les justiciables peuvent alors adhérer à la décision puisqu'il ne peut être mis en doute que le juge indépendant qui l'a rendue n'a pu se laisser aller à une vision personnelle de sa fonction, sous peine d'engager sa responsabilité.

Par conséquent, si même le juge, qui est investi par l'Etat de la mission de rendre la justice, n'est pas couvert par une impunité, il ne peut en être autrement pour

¹³⁷⁵ L. JANDARD, La relation entre l'arbitre et les parties, Critique du contrat d'arbitre, Thèse dactylographiée, 2018, spé. n°315, p.328.

¹³⁷⁶ J.-S. BORGHETTI, note sous Civ. 1^e, 15 janvier 2014 *M. S. Azran c/ M. E. Schirer et autres* et CA Paris, 31 mars 2015, *Banque Delubac & Cie c/ M. A. Bouanha et autres*, *Rev. arb.*, 2016, spé. n°11-12, p.511-512.

¹³⁷⁷ J.-D. BREDIN, « Qu'est-ce que l'indépendance du juge ? », *Justices*, 1996-3, spé. p.164.

¹³⁷⁸ En ce sens, v° G. CANIVET, « Audience solennelle du 6 janvier 2006 », *Discours de Guy Canivet, Premier président de la Cour de cassation* ; dans le même sens, v° E. LOQUIN, « L'immunité juridictionnelle de l'arbitre et ses limites », *RTD Com.*, 2014, spé. p.315.

¹³⁷⁹ S. GUINCHARD, A. VARINARD, T. DEBARD, *institutions juridictionnelles*, Dalloz, 13^e édition, 2015, , spé. n°130, p.214.

¹³⁸⁰ J.-D. BREDIN, Qu'est-ce que l'indépendance du juge ?, *Justices*, 1996-3, spé. p.164.

¹³⁸¹ En ce sens, L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, coll. Manuels, 10^e édition, 2017, spé. n°72, p.78.

l'arbitre. En effet, l'arbitre est, lui aussi, indépendant. En outre, lui aussi doit obtenir l'adhésion des parties à ses décisions, peut-être même plus encore que le juge. Les parties doivent donc avoir la certitude que la mission juridictionnelle de l'arbitre ne lui permet pas tout. Toutes ces raisons plaident donc pour que l'impunité, qui n'est pas accordée au juge judiciaire, ne soit pas davantage accordée à l'arbitre-juge¹³⁸². En effet, si les parties soumettent leur litige aux arbitres, c'est aussi parce que cette justice est de qualité. Pour qu'elle le reste, les arbitres ne doivent pas se penser couverts par une impunité qui leur autoriserait toute sorte de comportement.

378. Ensuite, comme le souligne Monsieur Borghetti¹³⁸³, « *il n'est tout simplement pas possible, en droit français, de prévoir une immunité absolue, qui préserverait un justiciable de tout engagement de sa responsabilités civile, quelle que soit la gravité de la faute* »¹³⁸⁴. Pour se prononcer ainsi, cet auteur se fonde sur l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel, notamment dans sa décision du 22 juillet 2005¹³⁸⁵, ou dans celle du 17 janvier 1989 dans laquelle il a énoncé : « *nul ne saurait par une disposition générale de la loi être exonéré de toute responsabilité personnelle quelle que soit la nature ou la gravité de ses fautes* »¹³⁸⁶. Cet argument tend lui aussi à exclure une totale impunité de l'arbitre dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle.

379. Il en ressort que le principe d'immunité, tel qu'il est conçu par la jurisprudence, présente un caractère équilibré. Nécessaire à un exercice serein de la fonction juridictionnelle, il ne doit pas être absolu au point de laisser impunis tous les comportements. Ainsi entendu, le principe d'immunité peut légitimement être utilisé

¹³⁸² En ce sens, v° N. FERRIER, « Le risque de responsabilité de l'arbitre et son assurance en droit interne », *Revue générale du droit des assurances*, 2012, spé. p.206.

¹³⁸³ Dans ce même sens, v° G. VINEY, « Rapport de synthèse », in *Les immunités de responsabilité civile*, PUF, 2009, spé. p.159 à 162.

¹³⁸⁴ J.-S. BORGHETTI, note sous Civ. 1^e, 15 janvier 2014 *M. S. Azran c/ M. E. Schirer et autres* et CA Paris, 31 mars 2015, *Banque Delubac & Cie c/ M. A. Bouanha et autres*, *Rev. arb.*, 2016, spé. n°12, p.512 ; dans la même sens, v° le club des juristes, *Rapport*, v° La responsabilité de l'arbitre, 2017, spé. p.24.

¹³⁸⁵ Dans cette décision, le Conseil constitutionnel reconnaît qu'il est possible pour le législateur d'aménager le principe de responsabilité, sans pour autant supprimer la responsabilité (Conseil Constitutionnel, 22 juillet 2005, n°2005-522 DC, n°10). Cette même logique, appliquée à l'arbitrage, revient à considérer que le principe d'immunité dégagé par la jurisprudence ne saurait être absolu et aboutir à une totale impunité.

¹³⁸⁶ Conseil Constitutionnel, 17 janvier 1989, n°88-248 DC.

comme une sorte de colonne vertébrale autour de laquelle s'ordonne la responsabilité juridictionnelle de l'arbitre.

La définition du fait générateur de cette responsabilité devrait alors être pensée dans une perspective qui permette de garantir le principe d'immunité, tout en tenant compte de ses limites. Seuls les manquements considérés comme étant les plus graves devront être compris dans la définition de la faute de nature à engager la responsabilité de l'arbitre dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle. La faute simple, par exemple, doit être écartée des faits générateurs de cette responsabilité, afin que le principe d'immunité soit respecté.

En outre, puisque l'immunité est destinée à apporter de la sérénité à l'arbitre, la définition des manquements de nature à engager sa responsabilité doit être suffisamment précise pour être prévisible dans sa mise en œuvre. La faute juridictionnelle devra donc non seulement être qualifiée, mais aussi définie sur la base de critères clairs et intelligibles. Il en va de la sérénité de l'exercice de la fonction juridictionnelle, mais aussi de la sécurité juridique, dans sa dimension de prévisibilité.

Le fait générateur de la responsabilité juridictionnelle de l'arbitre doit donc être délimité de façon à apporter une sérénité dans l'exercice de la fonction juridictionnelle sans pour autant offrir une impunité à l'arbitre. À la lumière de cet objectif, l'étude du droit positif fera apparaître que la définition actuelle de la faute juridictionnelle n'est pas satisfaisante.

B) La faute juridictionnelle : une définition actuelle inadaptée

380. L'immunité reconnue à l'arbitre dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle ne couvre pas tous les comportements : certaines fautes sont de nature à engager la responsabilité de l'arbitre du fait de sa fonction juridictionnelle. Or, ces manquements, tels qu'ils sont actuellement définis, ne répondent pas tous à l'objectif poursuivi par le principe d'immunité. La définition actuelle de la faute juridictionnelle propre à engager la responsabilité de l'arbitre-juge (1) présente donc des insuffisances (2).

1. La présentation de la définition actuelle de la faute juridictionnelle

381. L'immunité prétorienne qui régit l'engagement de la responsabilité de l'arbitre au titre de sa fonction juridictionnelle implique que ce dernier n'engage pas sa responsabilité en cas de faute simple ; il ne l'engage qu'en cas de faute qualifiée. La définition de cette faute a été construite par les tribunaux, dans le silence de la loi. Elle s'est réalisée par étapes, suivant une évolution qui ne semble d'ailleurs pas encore terminée.

382. C'est d'abord la notion de « faute personnelle » qui a été mise en avant à travers les premières décisions, et avec elles les premières hésitations, intervenues dès les années 1990, dans l'affaire *Bompard*. Dans cette affaire, les parties ont recherché la responsabilité de l'arbitre pour mal-jugé. Les juges du tribunal de grande instance ont considéré que l'arbitre-juge était protégé par une immunité qui n'autorisait l'engagement de sa responsabilité que si « *la preuve d'une fraude, d'un dol ou d'une faute lourde* »¹³⁸⁷ était rapportée. Cette formulation n'a pas été reprise par les juges de la cour d'appel qui, dans la même affaire, ont infirmé le jugement de première instance en considérant que « *la faute personnelle [est] seule de nature à ouvrir droit à une action en responsabilité contre les arbitres* ». La cour d'appel a ensuite précisé que cette faute personnelle est caractérisée lorsque l'arbitre commet « *un manquement incompatible avec la fonction juridictionnelle* »¹³⁸⁸.

Par la suite, la cour d'appel de Paris a de nouveau été appelée à statuer dans une affaire *Azran* dans laquelle les parties reprochaient aux arbitres de n'avoir pas respecté l'autorité de chose jugée. Pour rejeter l'action en responsabilité contre les arbitres-juges, la cour d'appel de Paris a énoncé : « *comme l'a rappelé le Tribunal de grande instance de Paris, l'arbitre est investi d'une mission à la fois contractuelle et juridictionnelle qu'il doit remplir en toute conscience, indépendance et impartialité ; qu'il bénéficie, en tant que juge, d'une immunité juridictionnelle de sorte qu'il n'est responsable que de sa faute personnelle qui, pour engager sa responsabilité, doit être équipollente au dol, constitutive d'une fraude, d'une faute lourde ou d'un déni de justice* »¹³⁸⁹. Ce faisant, la cour d'appel de Paris propose une approche différente, qui vient concilier les positions qu'avaient adoptées respectivement les juges de première instance et d'appel dans l'affaire *Bompard*. En

¹³⁸⁷ TGI Paris, 13 juin 1990, *Bompard c/ C.*, *Gazette du palais.*, 1990, II, sommaire, p.417, *Rev. arb.*, 1996, p.476, note P. FOUCHARD.

¹³⁸⁸ CA Paris, 22 mai 1991, n°90-18.079 .

¹³⁸⁹ CA Paris, 31 mars 2011, n°09-22701.

effet, dans l'arrêt *Azran*, la cour d'appel laisse entendre que seule la « *faute personnelle* » est de nature à engager la responsabilité de l'arbitre. Elle considère cependant que cette faute est caractérisée lorsqu'elle est équipollente au dol, ou constitue une fraude, une faute lourde ou un déni de justice. On voit donc réapparaître les manquements visés par le tribunal de grande instance dans l'affaire *Bompard*, auxquels s'ajoute la notion de déni de justice. L'ensemble de ces manquements ne seraient en réalité que des illustrations de la faute personnelle, seule visée par la cour d'appel dans l'affaire *Bompard*.

Dans la même affaire *Azran*, la Cour de cassation a eu, à son tour, l'occasion de se prononcer sur la définition de la faute juridictionnelle de l'arbitre-juge. Reprenant la position de la cour d'appel de Paris, elle a considéré que sont de nature à engager la responsabilité d'un arbitre les faits propres à caractériser « *une faute personnelle équipollente au dol ou constitutive d'une fraude, d'une faute lourde ou d'un déni de justice* »¹³⁹⁰. Cette décision de la Cour de cassation ayant eu les honneurs de la publication au *Bulletin* semblait avoir tranché la question : l'arbitre n'engagerait sa responsabilité juridictionnelle que lorsqu'il commet une faute personnelle équipollente au dol ou constitutive d'une fraude, d'une faute lourde ou bien d'un déni de justice.

Les décisions rendues ultérieurement dans l'affaire *Blowpack* s'inscrivent également dans cette lignée. Dans cette affaire, la responsabilité de l'arbitre-juge était recherchée pour violation du principe du contradictoire. Reprenant la position de la Cour de cassation dans l'arrêt *Azran*, les juges du tribunal de grande instance ont affirmé que l'arbitre-juge « *n'est responsable que de sa faute personnelle, laquelle, pour engager sa responsabilité, doit être équipollente au dol, constitutive d'une fraude, d'une faute lourde ou d'un déni de justice* »¹³⁹¹. La cour d'appel a adopté encore plus précisément la formulation de la Cour de cassation en considérant qu'« *il est constant que les critiques tendant à remettre directement en cause le contenu des sentences rendues et partant l'exercice de la fonction juridictionnelle des arbitres ne peuvent engager la responsabilité de l'arbitre à moins qu'elles ne caractérisent une faute personnelle équipollente au dol ou constitutive d'une fraude, d'une faute lourde ou d'un déni de justice* »¹³⁹².

383. Alors même que la définition de la faute juridictionnelle semblait arrêtée par cette jurisprudence réitérée, une décision ultérieure est venue semer le doute quant

¹³⁹⁰ Civ. 1^e, 15 janvier 2014, n°11-17.196, *Bull I*, n°1.

¹³⁹¹ TGI Paris, 22 mai 2017, *Blowpack SARL c/ M. C. et autres*, n°14-14717.

¹³⁹² CA Paris, 21 mai 2019, *Blowpack SARL c/ M. C. et autres*, n°17-12238.

à la faute de nature à engager la responsabilité de l'arbitre-juge. Dans cette affaire ayant donné lieu à un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 2 avril 2019, il était reproché à l'arbitre-juge d'avoir saisi le tribunal de grande instance de Paris en référé, alors même que l'instance arbitrale était pendante, afin d'obtenir la condamnation d'une partie à l'instance arbitrale au paiement du premier acompte d'honoraires et d'un complément d'honoraires. Pour engager la responsabilité de l'arbitre-juge, la cour d'appel a retenu que l'action diligentée par l'arbitre constitue « *une initiative intempestive et fautive qui empêchait que l'instance arbitrale se poursuive devant lui dans des conditions garantissant la loyauté et l'impartialité attendues d'un arbitre qui exerce une mission juridictionnelle* »¹³⁹³. Les juges semblent donc ici préférer, à la notion de faute personnelle, l'idée de faute incompatible avec l'exercice d'une fonction juridictionnelle. En cela, la décision n'est pas sans lien avec la solution retenue dans l'arrêt *Bompard*, où la cour d'appel de Paris avait évoqué « *un manquement incompatible avec la fonction juridictionnelle* »¹³⁹⁴. Cependant, alors que le manquement incompatible avec la fonction juridictionnelle avait été utilisé dans l'arrêt *Bompard* pour caractériser la faute personnelle, il est évoqué de manière autonome dans l'arrêt du 2 avril 2019. En effet, dans cet arrêt, la cour d'appel ne se réfère, à aucun moment, à la faute personnelle équipollente au dol, à la fraude, à la faute lourde ou au déni de justice. Force est de reconnaître qu'en statuant de la sorte sans se référer à la formule posée par la Cour de cassation, les juges de la cour d'appel semblent rouvrir le débat sur les comportements de nature à engager la responsabilité de l'arbitre-juge.

384. Reste que la position de la Cour de cassation, qui jouit d'une autorité plus grande, paraît devoir refléter l'état du droit positif. De fait, une doctrine majoritaire¹³⁹⁵

¹³⁹³ CA Paris, 2 avril 2019, n°16-00136.

¹³⁹⁴ CA Paris, 22 mai 1991, n°90-18.079.

¹³⁹⁵ En ce sens, v° Le club des juristes, *Rapport*, 2017, v° La responsabilité de l'arbitre, spé. p.24 ; J.-S. BORGHETTI, note sous Civ. 1^e, 15 janvier 2014 *M. S. Azran c/ M. E. Schirer et autres* et CA Paris, 31 mars 2015, *Banque Delubac & Cie c/ M. A. Bouanha et autres*, *Rev. arb.*, 2016, spé. n°17, p.514 ; L. JANDARD, *La relation entre l'arbitre et les parties*, *Critique du contrat d'arbitre*, Thèse dactylographiée 2018, spé. n°318, p.331 ; M. MEKKI, « Le double jeu de l'arbitre et la mise en jeu de sa responsabilité », *gazette du palais*, 2014, n°107 ; L. WEILLER, « Le statut de l'arbitre : entre immunité et responsabilité », *Procédures*, 2014, spé. p.17 ; M. HENRY, « La responsabilité de l'arbitre pour reddition de sentence tardive », *Les cahiers de l'arbitrage*, 2015, spé. n°6, p.315 ; E. JUEN, « Nouveau regard sur la dualité du régime de la responsabilité de l'arbitre », in *Droit sans frontières, Mélanges en l'honneur d'Eric Loquin*, spé. p.655 ; J.-Y. GARAUD, G. de RANCOURT, note sous Tribunal de grande instance de Paris, 22 mai 2017, *Rev. arb.*, 2017, spé. p.987 ; L. AYNES, « Précisions sur la responsabilité de l'arbitre ? », *Les cahiers de l'arbitrage*, 2014, spé. p.299 ; P. CAVALIEROS, « Le nouveau droit hongrois de l'arbitrage sous le prisme de la responsabilité de l'arbitre », *Rev. arb.*, 2018, spé. p.556.

semble s'accorder à considérer qu'aujourd'hui, les arbitres-juges engagent leur responsabilité lorsqu'ils commettent une faute personnelle équipollente au dol ou constitutive d'une fraude, d'une faute lourde ou d'un déni de justice. Le temps où « *les cas exceptionnels de responsabilité de l'arbitre [n'étaient] pas encore parfaitement définis par la jurisprudence* »¹³⁹⁶, semble donc révolu.

Il est vrai cependant que certaines voix s'élèvent encore pour souligner que les formules prétoriennes définissant les hypothèses dans lesquelles l'arbitre-juge engage sa responsabilité « *restent imprécises* »¹³⁹⁷, ou bien que « *l'identification de la faute exclusive de toute immunité pose [encore] question* »¹³⁹⁸. De fait, la définition de la faute juridictionnelle, telle qu'elle semble ressortir du droit positif, présente un certain nombre d'insuffisances qui justifient de poursuivre le débat sur l'identification du fait générateur de la responsabilité juridictionnelle.

2. Les insuffisances de la définition actuelle de la faute juridictionnelle

385. En l'état du droit positif, l'arbitre-juge n'engage sa responsabilité qu'en cas de « *faute personnelle équipollente au dol ou constitutive d'une fraude, d'une faute lourde ou d'un déni de justice* ». Or, cette délimitation des faits générateurs de la responsabilité juridictionnelle de l'arbitre ne nous semble pas répondre parfaitement à la logique poursuivie par le principe d'immunité, consistant à assurer une sérénité dans l'exercice de la fonction juridictionnelle sans pour autant offrir une impunité à l'arbitre¹³⁹⁹.

En effet, d'abord, une partie des notions retenues s'avèrent impropres à caractériser les manquements juridictionnels pouvant être reprochés à un arbitre, parce qu'elles sont inadaptées à la responsabilité arbitrale. Leur utilisation en matière arbitrale s'en trouve alors dépourvue de sens, manquant ainsi les objectifs de prévisibilité et d'intelligibilité nécessaires à la sérénité de l'exercice de la fonction juridictionnelle.

¹³⁹⁶ P. FOUCHARD, « Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française, » *Rev. arb.*, 1996, spé. n°69, p.360.

¹³⁹⁷ E.LOQUIN, « La dualité du régime de la responsabilité de l'arbitre », *JCP G*, 2014, spé.n°8, p.394.

¹³⁹⁸ N. FERRIER, « Le risque de responsabilité de l'arbitre et son assurance en droit interne », *Revue générale de droit des assurances*, 2012, spé. p.213.

¹³⁹⁹ Sur ce point, v° *supra*, n°373.

Ensuite, d'autres notions utilisées par la jurisprudence apparaissent comme étant plus adaptées à la matière arbitrale, mais sont définies par la jurisprudence d'une façon trop extensive pour assurer une immunité suffisante de l'arbitre dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle. C'est alors le seuil de gravité de la faute, insuffisamment élevé, qui rend la définition retenue inadaptée.

Les insuffisances de la définition actuelle de la faute juridictionnelle tiennent donc, d'une part, à l'utilisation de notions inadaptées à la responsabilité de l'arbitre-juge (a) et, d'autre part, au recours à des notions délimitant un seuil de gravité trop bas de la faute juridictionnelle (b).

a. Des notions inadaptées à la responsabilité de l'arbitre-juge

Les notions de faute personnelle (α), de faute équipollente au dol (β) et de fraude (χ) sont inadaptées pour régir la question de la responsabilité de l'arbitre-juge¹⁴⁰⁰.

α . La faute personnelle

386. L'exigence d'une faute personnelle de l'arbitre apparaît dans la plupart des décisions rendues en matière de responsabilité juridictionnelle de l'arbitre, en particulier celle de la Cour de cassation dans l'arrêt *Azran*. La doctrine majoritaire s'y réfère également. Pourtant, la pertinence de la notion de faute personnelle, en matière de responsabilité de l'arbitre, peut être mise en doute.

387. En dehors de la matière arbitrale, on trouve la faute personnelle dans différents domaines du droit privé et du droit public qui, bien qu'appartenant à des branches très différentes du droit, présentent une particularité commune : le recours à la notion de faute personnelle a lieu dans des hypothèses de responsabilité pour autrui où, de manière exceptionnelle, l'auteur direct du dommage peut être recherché à titre personnel¹⁴⁰¹.

¹⁴⁰⁰ Le même constat peut d'ailleurs être fait au sujet de l'une des acceptations de la notion de déni de justice : v° *infra*, n°394.

¹⁴⁰¹ En ce sens, Cour de cassation, *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, v° Responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle, n°512, 15 avril 2000.

En droit public, on la retrouve en premier lieu en matière de responsabilité des juges, qu'ils soient professionnels ou non. Ainsi, l'article L. 141-2 du Code de l'organisation judiciaire énonce « *La responsabilité des juges, à raison de leur faute personnelle, est régie : s'agissant des magistrats du corps judiciaire, par le statut de la magistrature ; s'agissant des autres juges, par des lois spéciales ou, à défaut, par la prise à partie* ». Cette faute personnelle, dégagée par une décision du Tribunal des conflits de 1873¹⁴⁰², est aussi celle qui permet d'engager la responsabilité d'un militaire¹⁴⁰³, d'un médecin¹⁴⁰⁴ ou encore d'un élu¹⁴⁰⁵. Elle s'applique donc à des agents qui, par principe, ne devraient engager que la responsabilité de la puissance publique lorsqu'ils agissent dans l'exercice de leurs fonctions. La faute personnelle est alors perçue comme une exception à cette protection fonctionnelle¹⁴⁰⁶ en ce qu'elle permet d'engager la responsabilité personnelle des agents¹⁴⁰⁷.

En droit privé, la référence à la notion de faute personnelle peut aussi être observée au sujet de la responsabilité des organes des personnes morales¹⁴⁰⁸ ou encore

¹⁴⁰² T. confl., 30 juill. 1873, M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. BENEGOIS, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 22^e édition, 2019, n°2, p.8 et s..

¹⁴⁰³ En ce sens, voir, l'article L. 4123-10 du Code de la défense.

¹⁴⁰⁴ Pour une illustration, v° CE, 4 juillet 1990, *Sté d'assurance "Le Sou médical" c/ Centre hospitalier général de Gap*, Lebon, tables p.841.

¹⁴⁰⁵ En ce sens, v° M. POCHARD, *Encyclopédie JurisClasseur Administratif*, v° Fasc 812 : Responsabilité disciplinaire, civile et pécuniaire des élus, 2019, spé. n°3.

¹⁴⁰⁶ En ce sens, v° J.-P. DIDIER, « Le refus pour faute personnelle de la protection fonctionnelle, » *La semaine juridique Administrations et collectivités territoriales*, 2012, spé. n°1, p.2381.

¹⁴⁰⁷ On peut ici préciser que certaines fautes personnelles aboutiront non seulement à l'engagement de l'auteur de la faute mais aussi à celle de la puissance publique. Tel est le cas lorsque l'agent commet une faute personnelle alors qu'il existe une relation entre lui et le service public (en ce sens, v° C. GUETTIER, « Faute civile et faute administrative », *Responsabilité civile et assurances*, 2003, spé. n°15, p.19).

¹⁴⁰⁸ En ce sens, Cour de cassation, Bulletin d'information, v° Responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle, spé. n°512, du 15 avril 2000. Un auteur souligne même que « La faute de service du droit administratif, dégagée depuis un célèbre arrêt du Tribunal des conflits du 30 juillet 1873, a donné l'idée en droit des affaires que la société est normalement responsable à l'égard des tiers, sauf faute personnelle – "détachable" ou "séparable" - du dirigeant » (R. SALOMON, « Faute détachable du dirigeant social : maintien de la jurisprudence de la chambre criminelle », D., 2018, spé. p.1128). Il faut quand même préciser qu'en cette matière, la Cour de cassation évoque davantage la faute détachable des fonctions que la faute personnelle. Cela dit, certains utilisent la notion de « faute personnelle détachable » (D. GIRIBILA, Répertoire de droit des sociétés, Dalloz, v° Société en nom collectif, 2020, spé. n°183 ; R. SALOMON, « Faute détachable du dirigeant social : maintien de la jurisprudence de la chambre criminelle », D., 2018, spé. p.1128). Quoi qu'il en soit, elle répond de la même logique, à savoir être une faute qui va engager la responsabilité de l'organe de la personne morale alors que, par principe, il devrait revenir à la personne morale d'assumer le comportement dommageable (en ce sens, pour ne donner quelques références jurisprudentielles et doctrinales en ce sens, v° Com., 13 juin 2018, n°16-25.543 ; Civ. 3^e, 7 juin 2018, n°16-27.680, *Bull III*, n°60 ; Com., 27 mai 2014, n°12-28.657, *Bull IV*, n°92 ; ou G. AUZERO, « L'application de la notion de faute personnelle détachable des fonctions en droit privé, Droit des affaires, 1998, spé. p. 502 ; M.-H. MALEVILLE-COSTEDOAT, Defrénois, 2003, spé. n°1, p.1067 ; J.-J. DAIGRE, « La condition de « faute détachable des fonctions » est cantonnée à la responsabilité civile des dirigeants et n'est pas applicable à la matière pénale au sens large, en particulier aux sanctions administratives de l'Autorité des marchés financiers », Bulletin Joly Bourse, 2004, spé. p.460 ; S. WADOWIAK, gazette du palais, 2013, spé. n°96 ; P. LE

dans des hypothèses de responsabilité d'un préposé¹⁴⁰⁹. Elle est alors utilisée de la même façon qu'en droit administratif : la notion de faute personnelle permet d'engager la responsabilité civile de l'auteur direct du manquement, alors même que son action devrait en principe engager la seule responsabilité d'autrui, à savoir celle du commettant, lorsque la faute est commise par son préposé¹⁴¹⁰, celle de la personne morale, lorsque la faute est commise par ses organes. De la même façon qu'en droit public, la faute personnelle, en droit privé, neutralise donc la protection dont disposent certains auteurs de dommage à raison de liens particuliers qu'ils entretiennent avec ceux qui sont responsables de leurs actions.

388. En matière arbitrale, cette situation n'existe pas. En effet, l'arbitre est, par hypothèse, une personne autonome dont le comportement n'est pas de nature à engager la responsabilité d'autrui. Nul autre que l'arbitre ne répond des manquements qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions, puisqu'il n'est soumis à aucune autorité. Même dans les arbitrages institutionnels, l'arbitre reste complètement indépendant de l'institution arbitrale, avec laquelle il n'est pas dans des liens s'apparentant à ceux de l'agent public vis-à-vis de l'État, du préposé vers son commettant ou encore de l'organe à l'endroit de la personne morale qu'il représente. Par principe, les manquements de l'arbitre n'engagent pas la responsabilité de l'institution arbitrale sous l'égide de laquelle s'est tenu l'arbitrage.

Cette spécificité a été relevée par plusieurs auteurs. Messieurs Garaud et de Rancourt, notamment, s'interrogent sur ce point : « *Mais de quel service l'arbitre dépend-il ? De quoi ou de qui faudrait-il "détacher" la faute qu'il a commise ? Dans le cadre d'un arbitrage institutionnel, il pourrait s'agir de distinguer les fautes rattachées au fonctionnement de l'institution et celles imputables au comportement de l'arbitre. Mais une telle analyse ne résiste pas à l'examen, car la responsabilité de l'arbitre et celle de l'institution sont clairement autonomes. Le standard est donc utile pour les juges mais pas*

CANNU, « Faute détachable des dirigeants et liquidation judiciaire de la société », RTD Com., 2006, spé. p.431.

¹⁴⁰⁹ En ce sens, v° Civ. 1^e, 30 octobre 1995, n°93-20.544, *Bull I*, n°383 ; Pour des présentations en ce sens, v° G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4^e édition, 2013, spé. n°811-2 et 811-3, p.1081-1084 ; S. FOURNIER, « La « faute personnelle » du préposé », *Les petites affiches*, 1997, spé. p.15.

¹⁴¹⁰ En ce sens, v° article 1242, alinéa 5, du Code civil.

pour les arbitres »¹⁴¹¹. Madame Jandard, quant à elle, est encore plus directe : « la qualification [de faute personnelle] est résolument inadaptée puisqu'il n'est investi par aucune entité publique »¹⁴¹². Monsieur Henry, enfin, estime également que « la faute personnelle n'a pas grand sens en droit de l'arbitrage, la faute de l'arbitre étant nécessairement "personnelle" quelle qu'elle soit »¹⁴¹³.

Tout cela conduit à considérer que la notion de faute personnelle n'est pas pertinente en matière de responsabilité arbitrale, ce qui empêche de lui attribuer une définition adaptée à l'arbitre¹⁴¹⁴. Dès lors, son utilisation pour caractériser le fait générateur de responsabilité de l'arbitre-juge ne présente pas les garanties de clarté et de prévisibilité propres à assurer la sérénité de l'arbitre dans l'exercice de sa fonction, donc l'efficacité du principe d'immunité¹⁴¹⁵.

Le même constat peut être fait au sujet de la « faute équipollente au dol ».

β. La faute équipollente au dol

389. La faute équipollente au dol fait partie des manquements relevés par la jurisprudence et la doctrine majoritaire comme justifiant que l'immunité de l'arbitre-juge soit levée. Cette faute, comme la faute personnelle, ne nous paraît pas de nature à entraîner la responsabilité. Deux séries d'arguments, en effet, démontrent son caractère inadapté.

¹⁴¹¹ J.-Y. GARAUD, G. de RANCOURT, note sous Tribunal de grande instance de Paris, 22 mai 2017, *Rev. arb.*, 2017, spé. p.995.

¹⁴¹² L. JANDARD, *La relation entre l'arbitre et les parties, critique du contrat d'arbitre*, Thèse dactylographiée, spé. n°319, p.332 ; dans le même sens, v° L. AYNES, « Précisions sur la responsabilité de l'arbitre » ?, *Les cahiers de l'arbitrage*, 2014, spé. p.299.

¹⁴¹³ M. HENRY, « La responsabilité de l'arbitre pour reddition de sentence tardive », *Les cahiers de l'arbitrage*, 2015, spé. n°6 p.316. Adde en ce sens J.-S. BORGHETTI, note sous Civ. 1^e, 15 janvier 2014 *M. S. Azran c/ M. E. Schirer et autres* et CA Paris, 31 mars 2015, *Banque Delubac & Cie c/ M. A. Bouanha et autres*, *Rev. arb.*, 2016, spé. n°16, p. 514, considérant que la faute personnelle est « inutile ».

¹⁴¹⁴ Nuançant cette critique, le Club des juristes considère que si le terme peut « surprendre », il ne faut pas trop s'y attacher car pour eux, par cette expression, « La Cour de cassation a certainement voulu donner une qualification globale à la faute qui autorise la levée de l'immunité, et pris le parti d'énumérer les fautes qu'elles considèrent comme « personnelles » (Le club des juristes, *Rapport*, v° La responsabilité de l'arbitre, 2017, spé. p.24).

¹⁴¹⁵ D'ailleurs, si elle retenue par une jurisprudence majoritaire, elle n'est pas systématiquement mentionnée dans toutes les décisions rendues en matière de responsabilité arbitrale. Ainsi, dans leur jugement rendu dans l'affaire *Blowpack*, les juges du tribunal de grande instance de Paris ont commencé par récapituler l'état du droit relativement à la question de la responsabilité de l'arbitre-juge. Dans ce cadre, ils n'ont pas mentionné une seule fois la faute personnelle (TGI Paris, 22 mai 2017, *Blowpack SARL c/ M. C. et autres*, n°14-14717).

390. D'abord, certains auteurs reprochent à la notion de faute équipollente au dol son manque d'autonomie. Pour ces auteurs, le recours à la faute personnelle équipollente au dol n'a pas d'intérêt parce qu'elle serait en réalité absorbée par la faute lourde. En ce sens, par exemple, Messieurs Garaud et de Rancourt énoncent que « *la faute équipollente au dol ne peut au fond être qu'une faute lourde* »¹⁴¹⁶. Cette position est également celle de Monsieur Borghetti qui considère que l'expression de « *faute équipollente au dol* » est « *couramment employée à propos de la faute lourde* »¹⁴¹⁷. De fait, la jurisprudence tend à assimiler les deux en recourant à la notion de faute équipollente au dol pour définir la faute lourde¹⁴¹⁸.

391. Ensuite, et surtout, la notion de faute équipollente au dol est traditionnellement utilisée en matière de responsabilité contractuelle. En ce domaine, elle s'entend d'une faute qui n'est pas dolosive, mais qui s'y apparente¹⁴¹⁹ par sa gravité, de sorte qu'elle doit produire les mêmes effets que la faute dolosive. Ces effets tiennent essentiellement, dans la responsabilité contractuelle, à la neutralisation des clauses contractuelles relatives à l'étendue du préjudice subi. Ainsi, sous l'empire du droit antérieur à la réforme du droit des obligations¹⁴²⁰, l'article 1150 du Code civil énonçait que « *Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée* ». La faute dolosive était alors le seul type de faute, prévue par le Code civil, qui conduisait à neutraliser les clauses limitatives ou élusives de responsabilité¹⁴²¹. La jurisprudence avait alors étendu les effets de ce texte aux fautes lourdes, qui ne constituent pas des fautes dolosives mais qui sont néanmoins équipollentes au dol¹⁴²².

¹⁴¹⁶ Y. GARAUD, G. de RANCOURT, note sous Tribunal de grande instance de Paris, 22 mai 2017, *Rev. arb.*, 2017, spé. p. 1000.

¹⁴¹⁷ J.-S. BORGHETTI, « La dualité du régime de la responsabilité de l'arbitre », *Rev. arb.*, 2016, spé. n°16, p.514.

¹⁴¹⁸ Com., 30 janvier 2019, n°17-16.604 ; Com., 26 avril 2017, n°15-23.239 ; Civ. 2^e, 2 juillet 2015, n°14-18.28.

¹⁴¹⁹ En ces sens, v° J.-S. BORGHETTI, « La dualité du régime de la responsabilité de l'arbitre », *op. cit.*, spé. n°16, p.514.

¹⁴²⁰ Réforme opérée par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

¹⁴²¹ En ce sens, v° H. GALI, « Incidences de la faute lourde sur l'efficacité d'une clause limitative de responsabilité », *Les petites affiches*, 2018, n°201, spé. p.12.

¹⁴²² Ch. mixte, 22 avril 2005, 03-14.112, *Bull. mixt.*, n°4, jugeant que « seule une faute lourde caractérisée par une négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de sa mission contractuelle peut mettre en échec la limitation d'indemnisation prévue au contrat ». Adde H. GALI, « Incidences de la faute lourde sur l'efficacité d'une

La faute équipollente au dol était alors un élément de définition de la faute lourde¹⁴²³, destinée à produire les mêmes effets que la faute dolosive.

Or, d'une part, l'article 1150 du Code civil a été modifié et remplacé par un article 1231-3 du Code civil qui énonce que « *Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive* ». C'est donc désormais la notion de faute lourde qui est utilisée pour aboutir au même régime que celui de la faute dolosive, si bien que la notion de faute équipollente au dol semble avoir grandement perdu de son intérêt avec ce nouveau texte : puisque la faute lourde est consacrée aux côtés de la faute dolosive comme une cause de neutralisation des clauses limitatives de responsabilité, il n'est plus besoin d'assimiler une autre faute à la faute dolosive pour obtenir cet effet¹⁴²⁴. Autrement dit, il est inutile d'attribuer à la faute lourde une équipollence avec la faute dolosive puisque dorénavant ces deux fautes produisent les mêmes effets.

D'autre part, le recours à la notion de faute équipollente au dol était destiné à assigner à la faute concernée le même régime que la faute dolosive, donc à faire échec au bénéfice d'une clause limitative ou évasive de responsabilité. Dès lors, il n'est utile de recourir à cette faute que dans les hypothèses dans lesquelles la responsabilité peut être limitée voir exclue par le truchement d'une clause¹⁴²⁵. Or, si l'on admet que la responsabilité de l'arbitre-juge soit de nature délictuelle, les clauses limitatives ou évatives de responsabilité n'ont pas leur place en ce domaine, puisqu'elles n'y sont pas autorisées¹⁴²⁶, du moins en droit positif¹⁴²⁷. Dès lors, si la faute équipollente au dol a perdu de son intérêt en matière de responsabilité contractuelle, *a fortiori* apparaît-elle

clause limitative de responsabilité », *op. cit.*, spé. p.12 ; O. DESHAYES, « La disparition de la faute lourde en droit des transports », *RDC*, 2010, spé. p.615.

¹⁴²³ V° également, pour une utilisation de la notion de « faute équipollente au dol » en lien avec la notion de « faute inexcusable » en matière de droit des transports, l'article L. 133-8 du Code de commerce.

¹⁴²⁴ On notera que le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats prévoyait que l'article 1231-3 du Code civil énoncerait « *le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est par son dol que l'obligation n'est point exécutée* ». Un tel texte aurait rendu nécessaire le maintien de la faute lourde équipollente au dol afin de faire produire à la faute lourde les mêmes effets que la faute dolosive. En ce sens, v° S. CARVAL, « Article 1231-3 : limitation de la responsabilité contractuelle au dommage prévu ou prévisible », *RDC*, 2015, spé. p. 790.

¹⁴²⁵ En ce sens, v° Y. GARAUD, G. de RANCOURT, note sous Tribunal de grande instance de Paris, 22 mai 2017, *Rev. arb.*, 2017, spé. p.996.

¹⁴²⁶ Civ. 2^e, 17 février 1955, n°55-02.810, *Bull II*, n°100. Sur cette question, v° *infra*, n°481 et s..

¹⁴²⁷ Le projet de loi de réforme de la responsabilité civile, dans sa version présentée le 13 mars 2017, prévoit la possibilité d'introduire des clauses limitatives de responsabilité en matière délictuelle en son article 1281. Cette possibilité ne devrait cependant pas avoir d'impact en matière arbitrale car, en l'état des discussions, la responsabilité pour faute délictuelle ne pourrait être limitée.

totalelement inutile en matière de responsabilité délictuelle¹⁴²⁸ : nul besoin de recourir à une notion destinée à neutraliser une clause qui, en tout état de cause, ne peut être valablement stipulée.

La faute équipollente au dol apparaît donc inadaptée à la responsabilité de l'arbitre-juge, d'une part parce qu'elle n'est pas autonome de la notion de faute lourde et, d'autre part, parce qu'elle a été construite pour une raison qui ne se retrouve pas au sujet de la responsabilité de l'arbitre dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle.

De la même façon, le recours à la notion de fraude paraît inopportun.

χ. La fraude

392. Tous les juristes connaissent la notion de fraude et l'adage latin qui s'y rattache « *fraus omnia corrumpit* ». De manière générale, elle peut être entendue comme « *le fait de se soustraire à l'exécution d'une règle obligatoire par l'emploi d'un moyen juridique qui rend le résultat inattaquable sur le terrain du droit* »¹⁴²⁹. Cette définition large permet ainsi à la fraude de s'appliquer dans de nombreuses matières en s'adaptant à chaque situation.

En matière d'arbitrage, la fraude fait partie des comportements visés par les juridictions, et la doctrine majoritaire, comme emportant la responsabilité juridictionnelle de l'arbitre. Elle constituerait donc une exception à l'immunité qui régit cette matière. Toutefois, les juridictions ne l'ont jamais expressément définie, et pour cause : cette notion est plurielle¹⁴³⁰ et peut être entendue largement ou strictement.

¹⁴²⁸ Il est vrai que le projet de réforme de la responsabilité civile, dans sa version présentée le 13 mars 2017, prévoit en son article 1281, alinéa 1^{er}, la possibilité de limiter ou d'exclure conventionnellement sa responsabilité délictuelle : « *Les clauses ayant pour objet ou pour effet d'exclure ou de limiter la responsabilité sont en principe valables, aussi bien en matière contractuelle qu'extracontractuelle* ». Cependant, cette possibilité est envisagée uniquement pour les cas de responsabilité ne reposant pas sur la faute. En effet, l'article 1283 du projet de réforme prévoit expressément qu'« *en matière extracontractuelle, on ne peut exclure ou limiter la responsabilité pour faute* ». Or, c'est bien une responsabilité délictuelle pour faute qu'engage l'arbitre dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle. Il n'y a donc pas lieu de recourir à une notion destinée à neutraliser une clause qui ne pourrait jamais, par hypothèse, bénéficier à l'arbitre.

¹⁴²⁹ J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4^{ème} édition, 1995, spé. n°813.

¹⁴³⁰ En ce sens, v° I. FADLALLAH, « Nouveau recul de la révision au fond : motivation et fraude dans le contrôle des sentences arbitrales internationales », *Gazette du palais*, 2000, spé. p.5.

393. Dans son acception large, la fraude n'est qu'un synonyme d'autres notions¹⁴³¹, diverses. On pourrait presque dire qu'utilisée ainsi, la fraude ne permet nullement de distinguer précisément le comportement en cause, et qu'elle n'est qu'une facilité de langage. Tantôt elle viserait à « *gruger un cocontractant* » et serait en réalité constitutive d'un dol, tantôt elle constituerait une opération illicite qui s'analyserait en une simulation¹⁴³². Dans ces situations, la fraude n'a pas de rôle propre si ce n'est que d'être un synonyme de la notion juridique qui doit être mise en œuvre pour résoudre la situation. Dès lors, dans cette acception large, la notion de fraude n'est pas autonome : sa définition se confond avec celle de la notion juridique qui est réellement à l'œuvre dans la situation donnée.

Dans son acception stricte, la fraude « *exprime un principe actif exerçant son rôle propre* »¹⁴³³. Autrement dit, lorsque l'on parle de la fraude comme d'une notion juridique produisant ses effets, on évoque cette acception stricte. Suivant cette acception, la fraude, dont on a déjà dit qu'elle pouvait être définie comme « *le fait de se soustraire à l'exécution d'une règle obligatoire par l'emploi d'un moyen juridique qui rend de résultat inattaquable sur le terrain du droit* »¹⁴³⁴, conduit à priver de tout effet l'acte frauduleux : il est nul alors même qu'il n'est pas « *directement infecté par une cause de nullité* »¹⁴³⁵. Cet effet de la fraude est très différent de celui des faits générateurs de responsabilité, tels les délits ou les quasi-délits des articles 1240 et 1241 du Code civil, anciennement 1382 et 1383 du même Code. Ces derniers ne sont pas sanctionnés par un anéantissement d'un acte mais par l'engagement de la responsabilité délictuelle de l'auteur du comportement.

Cet effet de la fraude, qui la distingue des délits et quasi-délits, a constitué un critère utilisé par Messieurs Aubert et Savaux pour opérer une classification des faits. Ces auteurs ont considéré que les faits générateurs de responsabilité se classent dans la catégorie *des faits attributifs ou extinctifs de droits patrimoniaux*, tandis que la fraude, elle, se classe dans une autre catégorie de faits, celle que ces mêmes auteurs appellent *les faits correctifs de régime juridique*¹⁴³⁶. Selon ces auteurs, ces faits sont très différents,

¹⁴³¹ En ce sens, v° J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 3^e édition, 1990, spé. n°744, p.729.

¹⁴³² *Ibid.*

¹⁴³³ J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, *op. cit.*, spé. n°744, p.730.

¹⁴³⁴ J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, *op. cit.*, spé. n°813, p.802.

¹⁴³⁵ P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations, op. cit.*, spé. n°390, p.360).

¹⁴³⁶ J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 12^e édition, 2008, spé. n°216-218, p.226-228.

les premiers faisant naître au profit de la victime un droit à réparation, c'est-à-dire une créance, tandis que les seconds, et précisément la fraude, ont pour objet de priver d'effet « *tout ce qu'elle couvre* »¹⁴³⁷. On voit donc bien qu'au sens strict, la fraude ne peut pas être considérée comme un fait générateur de responsabilité puisqu'elle n'en a pas du tout les mêmes effets.

En droit français, cette sanction de la fraude se retrouve dans de nombreuses matières. Par exemple, en droit des régimes matrimoniaux, l'utilisation frauduleuse des règles de pouvoir, énoncées notamment aux articles 1421 du Code civil, conduit à priver l'acte ainsi réalisé d'effet. Ainsi lorsqu'un époux aura passé un acte qu'il avait le pouvoir de passer mais que cet acte est frauduleux, il sera annulé¹⁴³⁸. En droit international privé, la fraude à la loi est utilisée comme sanction pour refuser de reconnaître des droits acquis par fraude à l'étranger¹⁴³⁹. En matière arbitrale, c'est aussi ce même effet qui est recherché à travers la notion de fraude : elle est une cause de recours contre la sentence¹⁴⁴⁰. Même si le régime de ce recours n'apporte pas pleinement satisfaction¹⁴⁴¹, on voit très clairement que la réponse du droit français de l'arbitrage face à une fraude dans l'arbitrage¹⁴⁴² est de faire en sorte que la sentence rendue à l'aide de processus frauduleux ne produise pas ses effets et puisse être remplacée par une autre décision qui ne sera pas le fruit d'une fraude. On le voit, la fraude comme notion indépendante emporte une sanction qui permet de priver d'efficacité un acte. Elle ne poursuit donc pas la même finalité que la notion de faute qui, utilisée en matière de responsabilité, vise à

¹⁴³⁷ J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, *op. cit.*, spé. n°218, p.228.

¹⁴³⁸ Pour une présentation en ce sens du droit positif, v° F. TERRE, P. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, Dalloz, coll. Précis, 8e édition, 2019, spé. n°504, p.422-423.

¹⁴³⁹ En ce sens, v° B. AUDIT, *Encyclopédie JurisClasser Civil Code*, v° Fasc. 50 Fraude à la loi, septembre 2016, spé. n°3. Pour une illustration, v° la décision *Caron* (Civ. 1^e, 20 mars 1985, n°82-15.033, *Bull I*, n°103).

¹⁴⁴⁰ V° article 1502 du Code de procédure civile pour l'arbitrage interne et article 1506, 5°, du même Code de procédure civile pour l'arbitrage international.

¹⁴⁴¹ Pour une présentation du régime du recours en cas de fraude dans l'arbitrage, v° C. SERAGLINI, Les recours en cas de fraude, *Rev. arb.*, 2018, p.121, spé. n°22 et s., p.130 et s..

¹⁴⁴² En matière arbitrale, la fraude est également difficile à cerner. La doctrine (en ce sens, v° C. SERAGLINI, « Les recours en cas de fraude », *Rev. arb.*, 2018, p.121, spé. n°4, p.123 ; M. de BOISSESON, « L'arbitrage et la fraude (à propos de l'arrêt Fougerolle, rendu par la Cour de cassation le 25 mai 1992) », *Rev. arb.*, 1993, p.3) relève trois types de fraude différente. La fraude par l'arbitrage, la fraude objet de l'arbitrage et enfin la fraude dans l'arbitrage. La première fraude vise l'hypothèse où les parties font de l'arbitrage un simulacre. La seconde hypothèse est celle où l'arbitre a à connaître de comportements frauduleux. La troisième est celle dans laquelle des manœuvres vont être mises en œuvre pendant la procédure arbitrale pour biaiser la sentence. C'est surtout cette troisième acception qui nous intéresse ici car la première fait de l'arbitrage une victime et relève davantage du droit pénal, tandis que la seconde interroge surtout l'arbitrabilité du litige (l'arbitre peut-il connaître de contentieux portant sur une fraude ?). La dernière acception, quant à elle, est la seule qui réponde véritablement à la définition stricte de la fraude.

obtenir une condamnation au paiement de dommages-intérêts. Sanctionner une fraude autrement que par la sanction qui lui est propre traduit une utilisation inadaptée de cette notion, en lieu et place d'une autre notion.

En somme, dans son acception large, la fraude n'est que le synonyme d'autres notions et n'apporte donc rien à la définition des comportements de nature à engager la responsabilité de l'arbitre-juge. Dans son acception stricte, elle est inadaptée aux questions de responsabilité car elle a pour finalité de geler les effets de l'acte obtenu par son truchement, et non de conduire à la condamnation à des dommages et intérêts. Cette inadéquation de la fraude à la responsabilité a pu être soulevée par Messieurs Garaud et de Rancourt qui peinent à en voir l'utilité lorsqu'il s'agit d'étudier la responsabilité de l'arbitre¹⁴⁴³. Pour ces raisons, nous considérons que la fraude n'est pas adaptée à la question de la responsabilité juridictionnelle de l'arbitre.

b. Des notions délimitant un seuil de gravité trop bas

Deux autres manquements retenus en droit positif comme permettant d'engager la responsabilité de l'arbitre-juge ne sont, selon nous, pas en mesure de garantir la sérénité de sa mission. Il leur sera essentiellement reproché de définir, dans leur acception actuelle, un seuil de gravité trop bas pour assurer l'immunité de l'arbitre. Tel est le cas du déni de justice (α) et de la faute lourde (β).

α . Le déni de justice

394. La notion de déni de justice, utilisée par la jurisprudence comme fait générateur de la responsabilité de l'arbitre-juge, est empruntée à d'autres domaines¹⁴⁴⁴. En effet, en matière de justice étatique, cette notion est retenue pour engager la responsabilité de l'État pour fonctionnement défectueux du service de la justice¹⁴⁴⁵, ainsi que la responsabilité personnelle des magistrats non professionnels¹⁴⁴⁶. Cet emprunt invite donc à définir la notion de déni de justice, en matière arbitrale, à l'aune

¹⁴⁴³ Y. GARAUD, G. de RANCOURT, note sous Tribunal de grande instance de Paris, 22 mai 2017, *Rev. arb.*, 2017, spé. p.9978.

¹⁴⁴⁴ En ce sens, v° L. AYNES, « Précisions sur la responsabilité de l'arbitre ? », *Les cahiers de l'arbitrage*, 2014, spé. p.299.

¹⁴⁴⁵ En ce sens, v° article L. 141-1 du Code de l'organisation judiciaire.

¹⁴⁴⁶ En ce sens, v° article L. 141-3 du Code de l'organisation judiciaire.

de la définition qui en est retenue en matière de justice étatique. Cette démarche est d'autant plus nécessaire que la jurisprudence n'a jamais posé de définition du déni de justice arbitrale et qu'à notre connaissance, une seule décision¹⁴⁴⁷ a jugé qu'un arbitre avait commis un déni de justice. Ce cas isolé rend difficile l'appréhension de la notion dans le seul domaine de l'arbitrage, de sorte que la méthode de la définition par renvoi s'impose. On verra ainsi que la notion de déni de justice recouvre deux acceptations dont la première s'avère inadaptée à la responsabilité de l'arbitre-juge¹⁴⁴⁸ et la seconde repose sur une conception trop large de la faute génératrice de responsabilité juridictionnelle.

395. Dans un sens strict, le déni de justice est constitué « *lorsque les juges refusent de répondre aux requêtes ou négligent de juger les affaires en état et en tour d'être jugées* »¹⁴⁴⁹. Ainsi comprise, l'interdiction du déni de justice a pour objet de contraindre les juges judiciaires à exécuter leur mission. Autrement dit, le juge étatique est tenu de trancher les litiges qui lui sont attribués.

Or, les choses sont différentes en matière arbitrale, puisque l'arbitre a un choix que le juge n'a pas : il doit accepter sa mission pour être nommé¹⁴⁵⁰. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la requête n'est pas un mode de saisine du juge arbitral. Dès lors que l'arbitre peut accepter ou refuser sa nomination en toute liberté, y a-t-il vraiment un sens à le contraindre à exécuter sa mission à travers la sanction du déni de justice ? Peut-on véritablement parler de déni de justice lorsque celui qui doit trancher le litige peut accepter ou refuser de trancher l'affaire qui lui est soumise ? Cela n'est pas certain : celui qui est autorisé à refuser sa mission ne peut se voir reprocher de ne l'avoir pas acceptée.

Il faudrait donc, pour qu'un déni de justice soit caractérisé en matière d'arbitrage, qu'il intervienne après l'acceptation, par l'arbitre, de sa mission. Or, un refus de l'arbitre de trancher le litige qu'il a accepté de trancher relèverait davantage d'un manquement à ses obligations contractuelles que d'un manquement à ses obligations

¹⁴⁴⁷ CA Paris 26 janvier 1988, *Rev. arb.*, 1988, C. JARROSSON, spé. p.307.

¹⁴⁴⁸ En cela, elle encourt les mêmes critiques que celles évoquées au sujet de la faute personnelle, de la faute équipollente au dol et de la fraude.

¹⁴⁴⁹ Article L. 141-3 du Code de l'organisation judiciaire.

¹⁴⁵⁰ En ce sens, Monsieur Racine a énoncé : « Être arbitre n'est pas une obligation ! L'arbitre désigné doit naturellement accepter sa mission. Rien ne l'y contraint. C'est de manière discrétionnaire que la personne sollicitée à cet effet accepte ou refuse l'offre qui lui est faite d'être désignée en tant qu'arbitre dans le litige qui est à trancher » (J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, PUF, 1^e édition, 2016, spé. n°424, p.302).

juridictionnelles. En effet, en s'abstenant purement et simplement d'accomplir sa mission, l'arbitre manquerait, à tout le moins, à son obligation de rendre une sentence dans le délai imparti par les parties, et à son obligation d'organiser l'instance¹⁴⁵¹. Ces hypothèses, qui nous paraissent très théoriques, relèveraient alors de la responsabilité contractuelle de l'arbitre, et non de sa responsabilité délictuelle recherchée au titre de l'exercice de sa fonction de juger. Or, en matière de responsabilité contractuelle, la notion de déni de justice n'a pas sa place puisqu'aucune faute qualifiée n'est requise¹⁴⁵². Si le déni de justice renvoie à de simples manquements contractuels, il n'est donc pas pertinent de le retenir pour caractériser le fait générateur de la responsabilité juridictionnelle de l'arbitre. Entendu dans cette acception, le déni de justice n'est pas adapté à la responsabilité juridictionnelle.

396. À côté de cette acception stricte, le déni de justice est entendu beaucoup plus soupagement dans une seconde acception, dans laquelle il est caractérisé chaque fois que « *l'État manque à son devoir de protection juridictionnelle* ». Ces situations correspondent à ce que Monsieur Savadogo appelle « *le déni de justice processuel* »¹⁴⁵³. Cette seconde acception du déni de justice est très souvent invoquée par les parties. En effet, de nombreuses demandes, notamment à l'occasion de pourvois en cassation, assimilent le déni de justice à la violation de règles figurant soit dans les principes directeurs du procès¹⁴⁵⁴, soit dans les exigences relevant de l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales qui garantit le droit à un procès équitable. Ainsi, on peut souvent lire dans les moyens des pourvois que les juges du fond auraient commis un déni de justice en omettant de statuer sur une demande, et donc en violant le principe dispositif tel qu'il

¹⁴⁵¹ Comp. E. LOQUIN, « La dualité du régime de responsabilité de l'arbitre », *JCP G*, 2014, spé. n°12, p.255 et E. LOQUIN, « L'immunité juridictionnelle de l'arbitre et ses limites », *RTD Com.*, 2014, spé. p.315 (l'auteur souligne l'absence d'autonomie du déni de justice en considérant que dans ces situations, « *il suffit de constater que l'arbitre a mal exécuté l'obligation mise à sa charge par le contrat d'arbitre* »). V° aussi E. JUEN, « Nouveau regard sur la dualité du régime de la responsabilité de l'arbitre », in *Droit sans frontières, Mélanges en l'honneur d'Eric Loquin*, p.653 et s., spé. p.666, considérant que le déni de justice se confond soit avec l'obligation de rendre une sentence, soit avec l'obligation posée par l'article 1457 du Code de procédure civile suivant lequel l'arbitre doit « *poursuivre sa mission jusqu'au terme de celle-ci* ».

¹⁴⁵² V° *infra*, n° **Erreur ! Source du renvoi introuvable.**

¹⁴⁵³ L. SAVADOGO, « Déni de justice et responsabilité international de l'État pour les actes de ses juridictions », *Journal du droit international (Clunet)*, 2016, doct. 8, spé. n°8.

¹⁴⁵⁴ À savoir les principes énoncés au chapitre 1^{er} du Titre 1^{er} du Livre 1^{er} du Code de procédure civile.

est énoncé aux articles 4 et 5 du Code de procédure civile¹⁴⁵⁵, ou encore, en ne statuant pas dans un délai raisonnable, conformément aux exigences de l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales¹⁴⁵⁶. Les moyens articulés par les demandeurs laissent donc entendre que le déni de justice consisterait dans la violation des obligations processuelles qui s'imposent aux juges. Ainsi, dès lors qu'un juge ne respecte pas le principe dispositif ou la célérité imposée par le délai raisonnable de l'article 6§1 de la Convention européenne¹⁴⁵⁷, il serait l'auteur d'un déni de justice.

C'est effectivement ce qui ressort de la jurisprudence. En effet, dans plusieurs décisions, la Cour de cassation a déduit la commission d'un déni de justice du seul manquement à une obligation processuelle, à savoir, le plus souvent, le non-respect du délai raisonnable. En ce sens, par exemple, la Haute juridiction a énoncé : « *la cour d'appel a pu estimer qu'un délai de treize années écoulé entre l'accident et la consécration des droits de [la victime] à indemnisation excédait le délai raisonnable visé par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ce qui constituait, un déni de justice au sens de l'article L. 781-1 du code de l'organisation judiciaire devenu l'article L. 141-1 du même code* »¹⁴⁵⁸. Cette assimilation a été constatée par Madame Dupré qui, consacrant un article à la question du déni de justice en droit privé et en droit public, a énoncé : « *il est légitime d'affirmer qu'en droit privé, la violation du droit processuel est constitutive d'un déni de justice* »¹⁴⁵⁹. Ainsi, pour cet auteur, au travers du déni de justice, ce sont « *toutes les composantes du droit processuel [qui sont visées] : le droit d'accès à la justice, le droit à un juge dans un délai raisonnable, le droit à un bon juge, un juge impartial, le*

¹⁴⁵⁵ En ce sens v° la quatrième branche du second moyen de cassation, annexé à Civ. 1^e, 24 octobre 2018, n°17-16.916 ; la branche unique du moyen unique annexé à Civ. 3^e, 6 septembre 2018, n°17-21.648.

Il faut ici noter que la seule hypothèse connue de déni de justice ayant conduit à la nullité de la sentence se rattachait au principe du dispositif. En effet, dans cette affaire, l'arbitre avait refusé de répondre à une demande de fixation d'indemnité, la déclarant mal-fondée, faute de temps pour y apporter une réponse (CA Paris 26 janvier 1988, *Rev. arb.*, 1988, C. JARROSSON, spé. p.307).

¹⁴⁵⁶ En ce sens, v° la cinquième branche du troisième moyen de cassation annexé à Civ. 1^e, 21 novembre 2018, n°17-21.237.

¹⁴⁵⁷ Montrant combien la notion de déni de justice est dorénavant lié à la question du délai, Monsieur Clay a pu énoncer que sanctionner le déni de justice de l'arbitre « *contribuerait à la responsabilisation des arbitres devant les délais toujours plus étendus dans lesquels ont tendance à se dérouler les instances arbitrales* », T. CLAY, *L'arbitre*, Dalloz, spé. n°584, p.469.

¹⁴⁵⁸ Civ. 1^e, 25 mars 2009, n°07-15.575, *Bull I*, n°65, *D.* 2009, spé. 1022, L. DARGENT, *Dalloz actualité 7 avril 2009* ; dans le même sens, v° Civ. 1^e, 4 juin 2009, n°08-16.480, *Bull I*, n°114 ; Civ. 1^e, 11 juillet 2019, n°18-19.923 ; Civ. 1^e, 5 septembre 2018, n°17-22.530 (écartant, dans cet arrêt, le déni de justice en estimant que le délai raisonnable avait été respecté).

¹⁴⁵⁹ A.-A DUPRE, « *La violation du droit processuel est-elle constitutive d'un déni de justice ?* », *Les petites affiches*, 2010, n°192, spé. p.7 et s..

droit à une procédure publique et contradictoire »¹⁴⁶⁰. Dans le même sens, Monsieur Savadogo considère que « *les retards insolites et inexcusables dans la marche de la procédure ou dans le prononcé de la sentence ont toujours été considérés comme équivalant à un déni de justice* »¹⁴⁶¹. Pour ces auteurs, le seul fait de manquer aux principes processuels visés suffit à caractériser un déni de justice¹⁴⁶².

397. Transposée à l'arbitrage, cette seconde acception du déni de justice conduirait à engager la responsabilité juridictionnelle de l'arbitre à chaque fois qu'il méconnaîtrait les principes de procédure qui s'imposent à lui dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle. Dans ce contexte, il suffirait de relever un manquement de l'arbitre au principe du contradictoire pour engager sa responsabilité. Une telle solution entamerait considérablement le principe de l'immunité de l'arbitre dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle. En effet, si la seule méconnaissance d'un principe de procédure suffit à engager la responsabilité juridictionnelle de l'arbitre, ne se rapproche-t-on pas dangereusement d'une situation où cette responsabilité pourrait être engagée pour une faute simple ? C'est précisément ce que Messieurs Garaud et de Rancourt ont souligné en considérant qu' « *appliqué d'une manière aussi large à la matière arbitrale, le standard pourrait ainsi conduire à une responsabilité pour faute simple* ». ¹⁴⁶³ La responsabilité de l'arbitre serait alors quasi systématique ou, du moins, beaucoup plus fréquente, s'il suffisait d'une simple inobservation du principe dispositif, du principe de célérité, ou encore du contradictoire. Cela ne serait pas souhaitable, au regard des objectifs poursuivis par le principe d'immunité : l'arbitre ne pourrait pas exercer sereinement sa fonction juridictionnelle en présence d'un risque aussi grand d'engager sa responsabilité délictuelle. Entendu en ce sens, le déni de justice apparaît donc trop largement défini pour justifier l'engagement de la responsabilité juridictionnelle de l'arbitre¹⁴⁶⁴.

¹⁴⁶⁰ *Ibid.*

¹⁴⁶¹ L. SAVADOGO, « Déni de justice et responsabilité internationale de l'Etat pour les actes de ses juridictions », *Journal du droit international (Clunet)*, 2016, doct. 8, spé. n°19.

¹⁴⁶² Soulignant également cette assimilation, Monsieur Guinchard évoque le caractère uniquement objectif du déni de justice (S. GUINCHARD, *Répertoire de procédure civile, Dalloz*, v° Responsabilités encourues pour fonctionnement défectueux du service public de la justice – Responsabilités pour faute encourues à l'égard des usagers du service public de la justice, 2018, spé. n°48).

¹⁴⁶³ J.-Y. GARAUD, G. de RANCOURT, note sous Tribunal de grande instance de Paris, 22 mai 2017, *Rev. arb.*, 2017, p.978 et s., spé. p.998.

¹⁴⁶⁴ Adde M. HENRY, « La responsabilité de l'arbitre pour reddition de sentence tardive », *Les cahiers de l'arbitrage*, 2015, spé. n°6, estimant que le déni de justice ne devrait pas être un cas autonome d'ouverture à une action en responsabilité juridictionnelle de l'arbitre car il n'est que le résultat d'un comportement qui n'est pas nécessairement fautif : « *Le déni de justice est le constat d'une situation. Cette situation a certes*

D'ailleurs, dans l'affaire *Blowpack*, le constat de la violation du contradictoire, qui a entraîné la nullité de la sentence, n'a pas suffi pour que les juges, tant du tribunal de grande instance que de la cour d'appel de Paris¹⁴⁶⁵, retiennent la responsabilité des arbitres-juges. Il faut s'en réjouir.

Le déni de justice présente donc deux insuffisances qui devraient conduire à l'écartier des faits générateurs de la responsabilité juridictionnelle de l'arbitre¹⁴⁶⁶ : dans son acception stricte, il n'est pas adapté à la responsabilité de l'arbitre-juge car il renvoie à des manquements contractuels ; dans son acception large, il fixe un seuil de gravité de la faute trop bas pour assurer l'immunité de l'arbitre.

Le même constat s'impose au sujet de la faute lourde, telle qu'elle est actuellement entendue.

β. La faute lourde

été créée par le comportement d'un juge ou d'un arbitre mais le déni de justice n'en est pas pour autant le comportement fautif en tant que tel. Ce qui est éventuellement fautif, c'est la décision du juge ou de l'arbitre qui y conduit. Or, une situation de déni de justice peut être provoquée par une décision qui n'était pas nécessairement aberrante ». Pour une opinion contraire, v° P. FOUCHARD, « Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française », *Rev. arb.*, 1996, spé. n°80, p.364.

¹⁴⁶⁵ TGI Paris, 22 mai 2017, *Blowpack SARL c/ M. C. et autres*, n°14-14717 et CA Paris, 21 mai 2019, *Blowpack SARL c/ M. C. et autres*, n°17-12238. Les juges de la cour d'appel avaient pourtant retenu que le déni de justice permet d'engager la responsabilité de l'arbitre. Ils auraient alors pu engager la responsabilité de l'arbitre en considérant que la violation du principe du contradictoire, qu'ils ont relevé, suffisait pour caractériser un déni de justice et donc engager la responsabilité de l'arbitre. Ce n'est pas ce que les juges ont fait laissant entendre que le déni de justice ne peut être constitué par une simple violation d'une obligation juridictionnelle.

¹⁴⁶⁶ D'ailleurs, Monsieur Train, dans un article relatif à la responsabilité de l'arbitre, ne présentait pas le déni de justice comme une cause d'engagement de la responsabilité de l'arbitre (F.-X. TRAIN, « L'arbitre, prestataire de service juridictionnel », *Revue Lamy Droit civil*, 2006, n°26). *Contra*, v° L. AYNES, « Précisions sur la responsabilité de l'arbitre ? », *Les cahiers de l'arbitrage*, 2014, spé. p.299 ; P. CHEVALIER, « Régime juridique et étendue de la responsabilité civile de l'arbitre : extraits des conclusions orales de l'avocat général », *JCP G*, 2014, spé. p.231. Ces deux derniers auteurs, qui plaident pour le maintien du déni de justice pour engager la responsabilité juridictionnelle de l'arbitre, ne justifient pas précisément leur position. On croit comprendre que, selon eux, le déni de justice doit être maintenu aux côtés de la faute lourde afin que le régime de la responsabilité juridictionnelle de l'arbitre ne soit ni plus souple ni plus sévère que celui de juge. Cette idée que la responsabilité juridictionnelle de l'arbitre doit être identique à la responsabilité du juge est aussi soutenue par Messieurs Dalcq et Van Oelen, même si ces derniers, analysant le droit belge, plaident pour que l'arbitre engage sa responsabilité juridictionnelle dans les conditions du droit commun belge (R.-O. DALCQ, A. VAN OELEN, *op. cit.*, p.190 et S., spé. n°13, p.200). À cet argument, il peut être opposé que le déni de justice n'est pas de nature à engager directement la responsabilité personnelle des magistrats judiciaires, mais seulement la responsabilité de l'État. De fait, les manquements du juge judiciaire et de l'arbitre n'ont donc pas les mêmes incidences, puisque l'arbitre assume seul les conséquences de ses manquements. Pourquoi faudrait-il alors les juger avec la même sévérité ?

398. La faute lourde est visée par la jurisprudence¹⁴⁶⁷, comme par la doctrine majoritaire, comme un manquement de nature à engager la responsabilité juridictionnelle de l'arbitre. Néanmoins, comme pour les autres faits générateurs, il n'existe aucune définition de cette notion, ni par la jurisprudence, ni par la loi, alors même que le législateur a également érigé la faute lourde au rang des manquements de nature à engager la responsabilité de l'État pour service défectueux de la justice¹⁴⁶⁸, ou permettant de prendre les juges à partie¹⁴⁶⁹. La jurisprudence rendue en ces deux derniers domaines pourrait cependant éclairer la notion de faute lourde appliquée à l'arbitre : si l'on considère que les obligations juridictionnelles de l'arbitre sont celles qui sont également partagées par le juge¹⁴⁷⁰, il semble opportun, en première approche, d'appréhender la faute lourde commise par l'arbitre dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle en la rapprochant de la faute lourde commise par le juge dans l'exercice de la même fonction juridictionnelle. On s'interrogera donc sur le point de savoir si la faute lourde appliquée en matière de responsabilité des juridictions étatiques peut s'appliquer à la justice arbitrale et, plus précisément, à la responsabilité juridictionnelle de l'arbitre.

399. En matière de responsabilité de l'État pour service défectueux de la justice, comme en matière de prise à partie, la faute lourde recoupe plusieurs acceptions¹⁴⁷¹, ce qui fait dire à Monsieur Menuret que la notion de faute lourde est « *un concept qui se conçoit plus aisément qu'il ne se définit* »¹⁴⁷². En l'absence de définition légale, la jurisprudence a défini peu à peu cette notion en faisant évoluer son contenu¹⁴⁷³.

¹⁴⁶⁷ En ce sens, v° notam. Civ. 1^e, 15 janvier 2014, n°11-17.196, *Bull I*, n°1.

¹⁴⁶⁸ Article L. 141-1 du Code de l'organisation judiciaire : « Sauf dispositions particulières, cette responsabilité n'est engagée que par une faute lourde ou par un déni de justice ».

¹⁴⁶⁹ Article L. 141-3 du Code de l'organisation judiciaire : « Les juges peuvent être pris à partie dans les cas suivants : 1° S'il y a dol, fraude, concussion ou faute lourde, commis soit dans le cours de l'instruction, dans lors des jugements ».

¹⁴⁷⁰ Sur ce critère, v° *supra*, partie 1.

¹⁴⁷¹ En ce sens, v° M. O. RENARD-PAYEN, Y. ROBINEAU, « La responsabilité de l'État pour faute du fait du fonctionnement défectueux du service public de la justice judiciaire et administratif », *Rapport annuel de la Cour de cassation de l'année*, 2002 ; M. PAILLET, E. BREEN, *Encyclopédie Responsabilité civile et Assurances*, v° Fasc. 370-20 : Responsabilité de la puissance publique – faute de service – preuve et qualification, 2009, spé. n°99 et s. ; J.-J. MENEURET, « Compatibilité du régime spécial de responsabilité de la puissance publique de l'article L. 781-1 du Code de l'organisation judiciaire avec l'article 6 de la Convention EDH et redéfinition de la notion de faute lourde », *JCP G*, 2001, II, 10583, spé. n°11.

¹⁴⁷² J.-J. MENEURET, « Compatibilité du régime spécial de responsabilité de la puissance publique de l'article L. 781-1 du Code de l'organisation judiciaire avec l'article 6 de la Convention EDH et redéfinition de la notion de faute lourde », *JCP G*, 2001, II, 10583, spé. n°11 ; dans le même sens énonçant que « ni le champ d'application, ni les critères de la faute lourde ne se laissent facilement résumer v° M. PAILLET, E.

Initialement, la faute lourde était définie par la Cour de cassation comme « *celle qui a été commise sous l'empire d'une erreur tellement grossière qu'un magistrat normalement soucieux de ses devoirs n'y aurait pas été entraîné* »¹⁴⁷⁴. Dans cette première acception, la faute lourde est une notion subjective¹⁴⁷⁵, qui centre la caractérisation de la faute sur le comportement du magistrat. Pour se prononcer sur la responsabilité, il fallait donc analyser le comportement du juge : si ce comportement ne correspondait pas à celui qu'aurait eu un magistrat normalement soucieux de ses devoirs, alors la faute lourde était qualifiée. Ainsi, chaque fois qu'une faute lourde était invoquée, les juridictions du fond se livraient à une analyse du comportement du juge afin de déterminer si la manière dont il avait agi constituait ou non une faute lourde¹⁴⁷⁶.

Par la suite, la Cour de cassation a évolué¹⁴⁷⁷, délaissant cette approche subjective¹⁴⁷⁸ pour retenir une définition élargie¹⁴⁷⁹, dite objective¹⁴⁸⁰. Suivant cette

BREEN, *Encyclopédie Responsabilité civile et Assurances*, v° Fasc. 370-20 : Responsabilité de la puissance publique – faute de service – preuve et qualification, 2009, spé. points clés n°3.

¹⁴⁷³ En ce sens, v° S. GUINCHARD, *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, Responsabilités encourues pour fonctionnement défectueux du service public de la justice, Responsabilité pour faute encourue à l'égard des usagers du service public de la justice, 2018, spé. n°23 ; S. PETIT, *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, Dalloz, v° Service public de la justice, Conditions et modalités de mise en cause de la responsabilité de l'Etat, 2012, spé. n°305.

¹⁴⁷⁴ Civ. 1^e, 13 octobre 1953, *Bull I*, n°224 ; Civ. 1^e, 16 octobre 1968, *Bull I*, n°239 ; Civ. 1^e, 20 février 1973, *Bull I*, n°67 ; Civ. 1^e, 10 juin 1989, n°97-11.780 ; Civ. 1^e, 10 mai 1995, n°93-17.306, *Bull I*, n°202, approuvant la décision d'une cour d'appel qui avait retenu qu'en ayant « *recours à une procédure grossièrement inadéquate, à la régularité de laquelle il ne pouvait croire de bonne foi et [en] viol[ant] manifestement le principe de la contradiction* », le juge commissaire « *s'était rendu coupable de méconnaissances graves et inexcusables des devoirs essentiels du juge dans l'exercice de ses fonctions et avait commis une succession d'erreurs tellement grossières qu'un magistrat normalement soucieux de ses devoirs n'y aurait pas été entraîné* ». Cette définition était également retenue par les juges du fond : CA Paris, 5 décembre 2012, n°10-24337 ; CA Paris, 10 octobre 2012, n°10-24188 ; CA Paris, 24 janvier 2012, n°10-13242.

¹⁴⁷⁵ En ce sens, v° O. RENARD-PAYEN, « La Cour de cassation précise la notion de faute lourde dans l'appréciation de la responsabilité de l'Etat du fait du service défectueux de la justice », *JCP Administrations et collectivités territoriales*, 2003, spé. p. 1123, n°1.

¹⁴⁷⁶ En ce sens, v° notam. CA Douai, 10 janvier 2001, n°1998-1616, dans lequel la cour d'appel analyse longuement le comportement du magistrat pour en conclure qu'il n'a pas commis de faute lourde ; CA Douai, 5 juin 2003, n°2003-237664, écartant la faute lourde en considérant que l'absence de convocation des parents au cours d'une procédure relative à leurs enfants ne constitue pas une erreur tellement grossière qu'un magistrat normalement soucieux de ses devoirs ne l'aurait pas commise.

¹⁴⁷⁷ Cette évolution repose sur un véritable revirement de jurisprudence, par lequel la Cour de cassation a censuré pour violation de la loi une décision des juges du fond qui avaient « *énonc[é] que la faute lourde de nature à engager la responsabilité de l'Etat, sur le fondement de l'article L. 781-1 du Code de l'organisation judiciaire, est celle qui a été commise sous l'influence d'une erreur tellement grossière qu'un magistrat normalement soucieux de ses devoirs n'y aurait pas été entraîné ou encore celle qui révèle l'animosité personnelle, l'intention de nuire ou qui procède d'un comportement anormalement déficient* » (AP, 23 février 2001, n°99-16.165, *Bull AP*, n°5). Autrement dit, la Cour de cassation a considéré qu'en appliquant la définition de la faute lourde qui était alors classiquement retenue, la cour d'appel avait violé l'article L. 781-1 du Code de l'organisation judiciaire. C'est dire si le changement de position est explicite.

¹⁴⁷⁸ L'approche subjective de la notion de faute lourde a été à ce point abandonnée que, s'intéressant à la question de la responsabilité de l'État du fait du fonctionnement défectueux du service public de la justice,

nouvelle approche, constitue une faute lourde « toute déficience caractérisée par un fait ou une série de faits traduisant l'inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investi »¹⁴⁸¹. Avec cette nouvelle définition, la Cour de cassation a profondément modifié le régime de la responsabilité du fait de la fonction juridictionnelle des juges. En effet, l'engagement de la responsabilité est dorénavant détaché du comportement du magistrat¹⁴⁸², puisque c'est l'inaptitude du service public de la justice dans sa globalité qui devient le critère de la faute. Il faut donc caractériser un dysfonctionnement général qui peut être la conséquence du comportement d'un seul magistrat ou d'un enchaînement d'événements tout au long de la procédure. De fait, les manquements nécessaires pour engager la responsabilité s'en trouvent réduits à une intensité moindre¹⁴⁸³. En effet, cette nouvelle acception de la faute lourde ne se limite pas aux comportements les plus graves, puisqu'il suffit d'un enchaînement de fautes simples pour traduire une inaptitude du service public de la justice à remplir sa mission, donc une faute lourde. Cette faute peut alors reposer sur une accumulation de dysfonctionnements qui, pris séparément, seraient insuffisants à caractériser une faute lourde. Cette nouvelle définition de la faute lourde aboutit à un considérable assouplissement des conditions requises pour engager la responsabilité de l'État du fait de la défectuosité du service public de la justice¹⁴⁸⁴.

Monsieur Croze ne s'attarde pas à la rappeler, se concentrant uniquement sur l'acception positive de la notion de faute lourde (en ce sens, v° H. CROZE, *Encyclopédie JurisClasseur Procédure civile*, v° Fasc. 500-20 : Responsabilité du fait du fonctionnement de la justice civile, 2016, spé. n°26).

¹⁴⁷⁹ G. VINEY, « Responsabilité civile », *JCP G*, p.338, spé. n°49 ; dans le même sens, Monsieur Renard-Payen considère que cette nouvelle approche de la faute lourde est une approche « assouplie », O. RENARD-PAYEN, « La Cour de cassation précise la notion de faute lourde dans l'appréciation de la responsabilité de l'Etat du fait du service défectueux de la justice », *JCP Administrations et collectivités territoriales*, 2003, spé. p. 1123, n°1 ; adde I. DA SILVA, « Dualité juridictionnelle et responsabilité pour violation du droit à un délai raisonnable », *RFDA*, 2008, spé. p.1165.

¹⁴⁸⁰ En ce sens, v° O. RENARD-PAYEN, « La Cour de cassation précise la notion de faute lourde dans l'appréciation de la responsabilité de l'Etat du fait du service défectueux de la justice », *JCP Administrations et collectivités territoriales*, 2003, spé. p. 1123, n°1.

¹⁴⁸¹ AP, 23 février 2001, n°99-16.165, *Bull AP*, n°5 ; Civ. 1^e, 4 mai 2017, n°16-18.751 ; Civ. 1^e, 9 novembre 2016, n°15-25.873, *Bull I*, n°212.

¹⁴⁸² En ce sens, v° O. RENARD-PAYEN, « La Cour de cassation précise la notion de faute lourde dans l'appréciation de la responsabilité de l'Etat du fait du service défectueux de la justice », *JCP Administrations et collectivités territoriales*, 2003, spé. p. 1123, n°1.

¹⁴⁸³ En ce sens, v° J.-J. MENURET, « Compatibilité du régime spécial de responsabilité de la puissance publique de l'article L. 781-1 du Code de l'organisation judiciaire avec l'article 6 de la Convention EDH et redéfinition de la notion de faute lourde », *JCP G*, 2001, II, 10583, spé. n°114.

¹⁴⁸⁴ En ce sens, commentant la décision de l'Assemblée plénière du 23 février 2001, Monsieur Petit a considéré qu'en proposant une approche dorénavant objective, « l'assemblée plénière s'écarte résolument de la conception restrictive issue de la jurisprudence de la première chambre civile de la Cour de cassation, fondée sur la faute énorme, grossière, stupide, inexcusable, ou sur l'inaptitude, voire sur la méconnaissance grave et anormale des devoirs essentiels du juge dans l'exercice de ses fonctions » (S. PETIT, « Responsabilité de la puissance publique », *AJDA*, 2001, spé. p. 788). Adde J.-L. GALLET, *Répertoire de la responsabilité de la*

400. Ainsi entendue, la faute lourde n'apparaît pas adaptée à la justice arbitrale et, ce, pour deux raisons.

D'abord, l'idée d'une défaillance du service public de la justice n'est pas transposable en tant que telle à la justice arbitrale : la justice arbitrale étant, par définition, une justice privée, elle repose sur différents acteurs qui ne s'inscrivent pas dans une hiérarchie organisationnelle globale chargée de rendre la justice. Même dans les arbitrages institutionnels, il n'existe pas de lien hiérarchique entre l'institution et les arbitres qui s'y inscrivent. Il n'appartient pas à l'instance organisatrice de répondre de la qualité de chacun des arbitrages menés sous son égide, du moins pas comme le service public de la justice doit répondre du comportement de ses magistrats. La notion même d'inaptitude du service de la justice à remplir sa mission paraît donc peu adaptée à l'arbitrage.

Ensuite, les conséquences de la faute lourde ne sont pas les mêmes dans la justice étatique et dans la justice arbitrale. En matière étatique, la faute lourde du magistrat conduit à rechercher la responsabilité de l'État, et non pas celle de l'auteur direct du manquement¹⁴⁸⁵. Du fait de cette responsabilité pour autrui, celui qui exerce la fonction juridictionnelle est protégé dans l'exercice de sa mission. Une approche extensive et objective de la faute lourde en ce domaine ne menace donc pas la sérénité de l'exercice de la fonction juridictionnelle, puisque le magistrat professionnel reste protégé contre l'engagement de sa responsabilité personnelle même en cas de faute lourde. En matière d'arbitrage, en revanche, c'est directement la responsabilité de l'arbitre qui est recherchée, et non pas celle d'un tiers¹⁴⁸⁶. Or, la définition actuelle de la faute lourde du juge étatique conduit, on l'a vu, à ce qu'une succession de fautes simples

puissance publique, Dalloz, v° Régimes législatifs spéciaux d'indemnisation relevant de la juridiction judiciaire, 2008, spé. n°82 et s. ; L. CONDE, *Encyclopédie JurisClasseur Civil Code*, v° Fasc. Unique : Devoir juridictionnel et droit à la protection juridictionnelle, 2013, spé. n°56, considérant qu'après avoir retenu une approche subjective de la faute lourde qui consistait en une « *approche restrictive* », la Cour de cassation a « *assoupli considérablement les conditions de la responsabilité* » en retenant une conception objective « *plus libérale* » de la faute lourde.

¹⁴⁸⁵ Tel est le cas, du moins, pour les fautes commises par les magistrats relevant du corps judiciaire, dont la responsabilité ne pourra être recherchée que par l'État, dans le cadre d'une action récursoire, en cas de faute personnelle commise par le magistrat (en ce sens, v° article 11-1 de l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature). Les magistrats n'appartenant pas au corps judiciaire, quant à eux, pourront voir leur responsabilité recherchée pour faute lourde dans le cadre de la prise à partie, mais l'État restera civilement responsable des condamnations prononcées contre eux (article L 141-3 du Code de l'organisation judiciaire). Il y a donc toujours une implication de l'État qui doit répondre des fautes lourdes commises dans le cadre de l'exercice de la justice étatique.

¹⁴⁸⁶ Ce pourquoi, on l'a montré, la notion de faute personnelle n'a aucun sens en la matière.

commises dans l'exercice de la fonction juridictionnelle puisse être génératrice de responsabilité. S'il en allait de même en matière d'arbitrage, il ne resterait rien du principe d'immunité, garant de la sérénité nécessaire à l'exercice, par l'arbitre, de sa fonction juridictionnelle. Ainsi, parce que les fautes lourdes de l'arbitre et du juge n'ont pas les mêmes conséquences, il n'est pas forcément opportun de les appréhender à travers une même approche. La logique retenue dans la justice étatique ne peut s'appliquer à l'identique dans la justice arbitrale. Dès lors, la faute lourde, telle qu'elle est actuellement définie en matière de justice étatique, ne devrait pas être appliquée en matière arbitrale suivant la même acception, parce qu'elle conduit trop aisément à l'engagement de la responsabilité, y compris pour des manquements qui ne présentent pas une gravité évidente¹⁴⁸⁷.

Au terme de ces développements, il apparaît que la définition de la faute juridictionnelle actuellement retenue en droit positif présente de nombreuses insuffisances. Ainsi, les notions de faute personnelle, de faute équipollente au dol et de fraude n'ont pas leur place lorsqu'il s'agit d'identifier le manquement de nature à engager la responsabilité de l'arbitre à raison de l'exercice de sa fonction juridictionnelle. La notion de déni de justice est tout aussi inadaptée, dans son acception stricte. Dans son acception large, elle repose, tout comme la définition actuelle de la faute lourde applicable au juge, sur un seuil de gravité trop bas pour garantir le principe d'immunité de l'arbitre dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle. Tout cela invite à repenser le droit positif.

§2) Un droit positif repensé

Non convaincus par l'approche du droit positif, certains auteurs ont proposé d'autres définitions de la faute juridictionnelle qui nous semblent cependant devoir être écartées (A), au profit d'une approche différente consistant à retenir la seule notion de faute lourde, redéfinie (B).

¹⁴⁸⁷ Monsieur Henry estime également que la notion de faute lourde est inadaptée à l'arbitrage, mais pour d'autres raisons. Il reproche en particulier à la faute lourde son ambiguïté et son défaut de caractère intentionnel : « *la faute lourde ne suppose pas nécessairement une intention malveillante et couvre également le cas d'une erreur grossière sans volonté malicieuse, impropre à notre sens à justifier d'engager la responsabilité d'un arbitre* » (M. HENRY, « La responsabilité de l'arbitre pour reddition de sentence tardive », *Les cahiers de l'arbitrage*, 2015, spé. n°6).

A) La faute juridictionnelle : les propositions doctrinales écartées

Plusieurs propositions doctrinales ont été faites en faveur d'une nouvelle définition de la faute de nature à engager la responsabilité de l'arbitre dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle. La première, émise par Monsieur Henry, repose sur la notion de « *faute intentionnelle malveillante* » (1) ; la seconde, formulée par Messieurs Garaud et de Rancourt, tient dans la notion de « *faute lourde professionnelle* » (2).

1. La « *faute intentionnelle malveillante* » de Monsieur Henry

401. Monsieur Henry, qui désapprouve le recours à la notion de « *faute personnelle* », propose de la remplacer par la notion de « *faute intentionnelle malveillante* »¹⁴⁸⁸. Il considère en effet que « *le critère de la responsabilité de l'arbitre devrait être la commission d'une faute intentionnelle caractérisant une volonté de nuire à une partie ou au Conseil d'une partie. Il correspondrait donc à un cas de faute d'une particulière gravité* »¹⁴⁸⁹. Pour cet auteur, la faute juridictionnelle propre à engager la responsabilité juridictionnelle de l'arbitre suppose donc une intention de l'arbitre de nuire à une partie ou au conseil d'une partie à l'arbitrage. Autrement dit, la faute intentionnelle malveillante se caractériserait par sa finalité : l'intention de nuire.

Deux séries de raisons nous semblent militer en défaveur de l'adoption d'un tel critère.

402. D'abord, on sait combien la démonstration d'une intention est ardue, à supposer même qu'elle soit possible. La mise en œuvre d'un tel critère pourrait alors aboutir à deux solutions extrêmes qui ne paraissent pas plus souhaitables l'une que l'autre.

En premier lieu, en l'absence de toute facilité de preuve accordée aux parties dans le contentieux de la responsabilité arbitrale, le critère de l'intention de nuire serait pratiquement impossible à caractériser. D'ailleurs, lorsque la responsabilité de l'État pour fonctionnement défectueux du service public de la justice était engagée par une

¹⁴⁸⁸ M. HENRY, « La responsabilité de l'arbitre pour reddition de sentence tardive », *op. cit.*, spé. n°6. L'auteur estime que « la notion de "faute personnelle" empruntée au droit administratif n'a pas grand sens en droit de l'arbitrage, la faute de l'arbitre étant nécessairement "personnelle" quelle qu'elle soit ».

¹⁴⁸⁹ M. HENRY, « La responsabilité de l'arbitre pour reddition de sentence tardive », *op. cit.*, spé. n°6.

faute lourde entendue comme une faute intentionnelle, la preuve de cette faute n'était quasiment jamais rapportée¹⁴⁹⁰. Une définition aussi restrictive de la faute juridictionnelle de l'arbitre aboutirait à une impunité de fait, faute pour les parties de pouvoir rapporter la preuve d'une intention de nuire. On peut en prendre pour exemple l'une des hypothèses évoquées par Monsieur Henry, dans laquelle un arbitre « *sciemment délibérément, refuserait de connaître d'un litige pour des raisons malveillantes à l'endroit de la demanderesse* »¹⁴⁹¹. Selon cet auteur, une telle situation devrait être de nature à engager la responsabilité de l'arbitre. Toutefois, on sait qu'en ce domaine, l'arbitre dispose d'un pouvoir discrétionnaire d'accepter ou de refuser sa mission et, partant, de connaître d'un litige. Dès lors, il suffit à l'arbitre qui ne souhaite pas connaître d'un litige de refuser la proposition qui lui est faite, sans que son refus n'ait besoin d'être motivé. Comment, alors, rapporter la preuve d'une intention malveillante en présence d'un refus qui n'a pas besoin d'être motivé, parce qu'il est discrétionnaire ? Cette hypothèse apparaît très peu probable en pratique. Les difficultés de preuve risquent ainsi de conduire à une totale impunité de l'arbitre. La philosophie du principe d'immunité s'en trouverait alors déséquilibrée, l'impunité totale de l'arbitre-juge dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle n'étant pas souhaitable¹⁴⁹².

En second lieu, il serait envisageable que l'administration de la preuve de l'intention de nuire soit allégée par la jurisprudence, comme c'est le cas par exemple en matière de fraude paulienne, où l'intention de nuire peut être déduite de faits positifs¹⁴⁹³. Or, le recours à une telle présomption¹⁴⁹⁴, en matière de responsabilité arbitrale, aurait pour effet de réduire à néant la protection conférée par le principe d'immunité. Dès lors, le critère de l'intention de nuire ne semble pas réaliser un juste équilibre entre la nécessité d'offrir une certaine sérénité à l'arbitre dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle, sans pour autant lui offrir une totale impunité.

¹⁴⁹⁰ S. PETIT, *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, Dalloz, v° Service public de la justice – Conditions et modalités de mise en cause de la responsabilité de l'Etat, 2012, spé. n°268.

¹⁴⁹¹ M. HENRY, « La responsabilité de l'arbitre pour reddition de sentence tardive », *Les cahiers de l'arbitrage*, 2015, spé. n°6.

¹⁴⁹² Sur ce point, v° *supra*, n°376 et s.

¹⁴⁹³ L. SAUTONIE-LAGUIONIE, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, v° Action Paulienne, 2016, spé. n°64-65.

¹⁴⁹⁴ Pour des illustrations en ce sens en matière de fraude paulienne, v° Civ. 1^e, 15 février 1967, *Bull. I*, n°66 ; Civ. 1^e, 3 mai 1972, *Bull. I*, n°117 ; Civ. 1^e, 11 octobre 1978, *Bull. I*, n°299 ; Com. 23 octobre 2007, n°06-21.388.

403. Ensuite, outre les difficultés de preuve, le critère de l'intention de nuire paraît trop restrictif pour englober les manquements juridictionnels les plus graves dont l'arbitre pourrait se rendre coupable. Prenons par exemple l'hypothèse d'un arbitre qui violerait le principe du contradictoire ou de loyauté procédurale, non pas pour nuire à une partie ou à son conseil, mais pour servir les intérêts de la partie qui l'a nommé et avec laquelle il entretient des liens qui portent atteinte à son indépendance ou son impartialité. Il n'y aurait pas ici une intention de nuire à proprement parler, mais une intention de favoriser. La faute intentionnelle malveillante ne serait alors pas caractérisée dans une telle situation, à défaut d'intention de nuire. Pour autant, le manquement serait-il moins grave, au point qu'il ne justifie pas l'engagement de la responsabilité de l'arbitre ? Il ne le semble pas. Là encore, le critère de l'intention de nuire semble trop restrictif pour appréhender les manquements les plus graves de l'arbitre et, ainsi assurer une immunité relative qui ne bascule pas vers une totale impunité.

Si la « *faute intentionnelle malveillante* » proposée par Monsieur Henry nous semble devoir être écartée, il en est de même de la « *faute lourde professionnelle* » évoquée par Messieurs Garaud et de Rancourt.

2. La « *faute lourde professionnelle* » de Messieurs Garaud et de Rancourt

404. Dans une note commentant la décision du tribunal de grande instance de Paris en date du 22 mai 2017, dans l'affaire *Blowpack*¹⁴⁹⁵, Messieurs Garaud et de Rancourt mettent en avant la « *nécessité d'une appréciation collective des quatre éléments [de la faute juridictionnelle] en un standard unique : la **faute lourde professionnelle de l'arbitre*** »¹⁴⁹⁶.

Pour définir cette « *faute lourde professionnelle* », ces auteurs se réfèrent à la notion de faute lourde telle qu'elle est conçue dans le cadre de la prise à partie¹⁴⁹⁷. Ils évoquent ainsi la définition de cette faute retenue par la Cour de cassation, à savoir « *la*

¹⁴⁹⁵ TGI Paris, 22 mai 2017, *Blowpack SARL c/ M. C. et autres*, n°14-14717.

¹⁴⁹⁶ J.-Y. GARAUD, G. de RANCOURT, note sous Tribunal de grande instance de Paris, 22 mai 2017, *Rev. arb.*, 2017, p.978 et s., spé. p.1000.

¹⁴⁹⁷ Cette procédure est aujourd'hui prévue par l'article L. 141-3 du Code de l'organisation judiciaire pour les seuls juges étatiques n'appartenant pas au corps judiciaire.

méconnaissance grave et inexcusable des obligations essentielles du juge», qu'ils proposent de transposer à l'arbitrage en considérant que la faute lourde professionnelle devrait « *s'entendre d'une méconnaissance grave des obligations essentielles de l'arbitre, par exemple, d'une méconnaissance volontaire de l'obligation d'impartialité* »¹⁴⁹⁸. Pour ces auteurs, la faute lourde professionnelle est une faute intentionnelle¹⁴⁹⁹, mais qui ne répond pas à la définition qu'en retient classiquement la Cour de cassation. En effet, la faute intentionnelle se définit en principe comme celle qui a été commise avec la volonté de causer le dommage¹⁵⁰⁰. Or, Messieurs Garaud et de Rancourt semblent l'entendre plutôt comme une faute reposant sur la volonté d'adopter un comportement donné. En effet, ils se réfèrent à la « *méconnaissance volontaire* » d'une obligation ou encore à la « *violation délibérée de ses devoirs* » par l'arbitre et soulignent qu'il « *s'agit là de la définition classique de la faute intentionnelle qui, depuis un arrêt de principe, ne comprend plus l'intention de nuire mais seulement la violation délibérée d'une obligation* »¹⁵⁰¹. Ainsi, contrairement à la « *faute intentionnelle malveillante* » proposée par Monsieur Henry, la « *faute lourde professionnelle* » proposée par Messieurs Garaud et de Rancourt ne suppose pas la recherche d'un résultat (l'intention de nuire à une partie ou son conseil)¹⁵⁰², mais simplement la conscience de méconnaître une obligation¹⁵⁰³. Cette définition renvoie donc à la composante morale de la faute¹⁵⁰⁴, et plus précisément à

¹⁴⁹⁸ J.-Y. GARAUD, G. de RANCOURT, note sous Tribunal de grande instance de Paris, 22 mai 2017, *Rev. arb.*, 2017, spé. p.1000-1001.

¹⁴⁹⁹ En ce sens, ils affirment très explicitement que « l'immunité ne devrait être exclue qu'en cas de faute intentionnelle » (*ibid.*).

¹⁵⁰⁰ Pour des décisions retenant que la faute intentionnelle implique la volonté de son auteur de créer le dommage tel qu'il est survenu, v° notam. Civ. 2^e, 28 mars 2019, n°18-15.829 ; Civ. 2^e, 30 juin 2011, n°10-23.004, *Bull I*, n°145 ; Civ. 3^e, 11 mai 2010, n°09-11.334 ; Civ. 2^e, 18 février 2010, n°08-19.0444 ; Civ. 2^e, 9 avril 2009, n°08-15.867. *Adde*, pour une présentation doctrinale en ce sens, J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, les obligations : 2. Le fait juridique*, Sirey, 14^e édition, 2011, spé. n°110, p.133 ; P. JOURDAIN, *Encyclopédie JurisClasseur Civil Code*, v° Fasc. 120-20 Droit à réparation, Responsabilité fondée sur la faute, Notion de faute : faute qualifiée, 2020, spé. n°14 ; G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4^e édition, 2013, spé. n°624, p.762 ; ou, plus anciennement, A. LEGAL, *De la négligence et de l'imprudence comme source de responsabilités*, thèse, Paris, 1922, spé. p.53 et s. ; L. JOSSERAND, « La reconstitution d'un droit de classe », *DH* 1973, chr., spé. p.1.

¹⁵⁰¹ J.-Y. GARAUD, G. de RANCOURT, note sous Tribunal de grande instance de Paris, 22 mai 2017, *Rev. arb.*, 2017, spé. p. 1001, note de bas de page n°77.

¹⁵⁰² Sur ce critère proposé par Monsieur Henry, v° *supra*, n°401 et s.

¹⁵⁰³ Pour une présentation de cette dimension de la faute de manière plus générale, v° P. JOURDAIN, *Encyclopédie JurisClasseur Civil Code*, v° Fasc. 120-10 Droit à réparation Responsabilité fondée sur la faute, notion de faute : contenu commun à toute les fautes, 2020, spé. n°62, exposant que l'intention guide « *non la volonté des résultats de l'acte, c'est-à-dire les conséquences dommageables, mais la volonté de l'acte lui-même, indépendamment de ses effets* ».

¹⁵⁰⁴ De nombreux auteurs rattachent la conscience à l'élément moral de la faute (en ce sens, v° P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, LGDJ, 4^e édition, 2016, spé. n°293, p.197 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 12^e édition, 2018, spé. n°950, p.1033 ; G.

l'élément d'imputabilité. Selon ces auteurs, il y aurait alors une faute lourde professionnelle de l'arbitre à chaque fois que celui-ci aura volontairement choisi de méconnaître l'une de ses obligations juridictionnelles.

Cette position, que l'on croit retrouver en partie chez Monsieur Loquin¹⁵⁰⁵, repose essentiellement sur les motifs du jugement rendu par le tribunal de grande instance de Paris dans l'affaire *Blowpack*¹⁵⁰⁶. Dans ce jugement, la faute lourde a été écartée malgré la violation du principe du contradictoire¹⁵⁰⁷ au motif que la société *Blowpack*, qui recherchait la responsabilité des arbitres, ne leur a pas signalé qu'ils enfreignaient le principe de la contradiction : l'utilisation de documents en langue allemande, alors que la langue de l'arbitrage était le français, n'a jamais été, pendant l'instance, l'objet de remarques de la part de la société *Blowpack*. Autrement dit, les juges ont relevé que les arbitres n'avaient pas été informés qu'ils violaient le principe du contradictoire¹⁵⁰⁸. Ainsi, parce que les juges n'ont pas consciemment méconnu le principe du contradictoire, leur faute lourde ne serait pas caractérisée.

Cette approche de la faute de nature à engager la responsabilité de l'arbitre dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle nous semble devoir être rejetée et ce, pour deux séries de raisons.

405. D'abord, l'intitulé même proposé par Messieurs Garaud et de Rancourt ne paraît pas adapté. En effet, la notion de « *faute lourde professionnelle* » induit un rattachement de la faute aux obligations professionnelles de l'arbitre, et participe donc de l'idée que l'arbitrage serait une profession. Le choix de cette terminologie s'explique, certes, par la référence que les auteurs opèrent à la procédure de prise à partie : en ce domaine, le législateur a recouru, pendant un temps, à la notion de « *faute lourde*

VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, LGDJ 4^e édition, 2013, spé. n°442, p.442

¹⁵⁰⁵ E. LOQUIN, « La dualité du régime de responsabilité de l'arbitre, » *JCP G*, 2014, spé. n°8, p.394.

¹⁵⁰⁶ TGI Paris, 22 mai 2017, *Blowpack SARL c/ M. C. et autres*, n°14-14717.

¹⁵⁰⁷ Le jugement est très clair en ce sens, lorsqu'il relève que l'annulation partielle de « la sentence en raison de la violation du principe du contradictoire, n'entraîne pas ipso facto la mise en cause de la responsabilité personnelle du tribunal arbitral et [qu']il convient de savoir s'il y a eu faute lourde, traduisant l'inaptitude des arbitres à remplir la mission dont ils étaient investis et conduisant à la mise en cause de leur responsabilité personnelle ». Il en ressort que la seule méconnaissance du principe du contradictoire ne suffit pas à caractériser la faute lourde de l'arbitre.

¹⁵⁰⁸ Ce raisonnement nous laisse perplexe aussi au regard de l'obligation de respecter le principe du contradictoire. On croit lire ici que la violation du principe du contradictoire n'est pas une faute lorsque les parties ne le reprochent pas aux arbitres. Pourtant, c'est bien à l'arbitre que s'impose ce principe, puisqu'il a la charge de l'observer lui-même et de le faire respecter par les parties. Ce n'est donc pas aux parties qu'il revient d'attirer l'attention de l'arbitre sur la nécessité de respecter la contradiction.

professionnelle » pour décrire la faute pouvant être reprochée aux juges étatiques¹⁵⁰⁹. Par la suite, la référence au caractère professionnel de la faute lourde a été supprimée de la loi, lorsque la procédure de prise à partie a été réservée aux seuls magistrats non professionnels, c'est-à-dire ceux qui n'appartiennent pas au corps judiciaire¹⁵¹⁰. La jurisprudence, quant à elle, a continué à recourir à la notion de « *faute lourde professionnelle* »¹⁵¹¹. Or, si ce terme était adapté pour les magistrats de profession, il en va autrement pour les arbitres ; même si l'arbitrage tend à se professionnaliser, il n'est pas pour autant assimilable à une véritable profession¹⁵¹². C'est la raison pour laquelle la notion de faute lourde « *professionnelle* » nous paraît inadaptée en matière d'arbitrage.

406. Ensuite, telle qu'elle est définie par Messieurs Garaud et de Rancourt, la « *faute lourde professionnelle* » encourt les mêmes reproches que ceux qui peuvent être faits à la « *faute intentionnelle malveillante* » de Monsieur Henry¹⁵¹³. En effet, la caractérisation d'une telle faute suppose de rapporter la preuve d'une volonté de l'arbitre de méconnaître ses obligations. Cela implique donc de sonder sa conscience¹⁵¹⁴. Or, en l'absence de facilités de preuve, un tel critère ne pourrait que très rarement être démontré, au point que l'arbitre serait couvert par une impunité de fait, à défaut pour les parties de pouvoir démontrer ce dont il avait conscience, ou non, en adoptant le comportement reproché. À l'inverse, l'admission de modes de preuve facilités menacerait trop gravement le principe d'immunité pour être acceptable.

¹⁵⁰⁹ En ce sens, l'ancien article 505 du Code de procédure civile, relatif à la procédure de prise à partie, dans sa version antérieure à la loi n°72-626 du 5 juillet 1972, disposait que « *Les juges peuvent être pris à partie dans les cas suivants : 1° S'il y a dol, fraude, concussion ou faute lourde professionnelle qu'on prétendrait avoir été commis, soit dans le cours de l'instruction, soit lors des jugements* ». Cette référence à la faute lourde professionnelle avait été ajoutée au texte par une loi du 7 février 1933.

¹⁵¹⁰ Cette réduction du champ d'application de la procédure de prise à partie résulte de la loi n°72-626 du 5 juillet 1972, qui a abrogé l'article 505 ancien du Code de procédure civile et confié au pouvoir réglementaire le soin de procéder par décret à la création d'un Code de l'organisation judiciaire. Or, l'article L. 781-1 du Code de l'organisation judiciaire, institué par le décret n°78-329 du 16 mars 1978, qui régissait la procédure de prise à partie jusqu'à son abrogation par l'ordonnance n°2006-673 du 8 juin 2006, n'évoquait déjà que la « *faute lourde* » et non plus la « *faute lourde professionnelle* ». Cela s'explique par le fait que, parallèlement, le législateur est intervenu par la loi n°79-43 du 18 janvier 1979 pour modifier l'article 11-1 de l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 et régir spécifiquement la faute personnelle des magistrats professionnels.

¹⁵¹¹ V° notam. Civ. 1^e, 23 janvier 2001, n°00-02.002 ; Civ. 1^e, 17 novembre 1999, n°98-02.005 ; Civ. 1^e, novembre 1999, n°98-02.004, *Bull I*, n°310 ; Civ. 1^e, 4 juin 1996, n°96-01.002 ; Civ. 1^e, 16 décembre 1992, n°92-01.004.

¹⁵¹² En ce sens, v° J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, PUF, 1^e édition, spé. n°483, p.333 ; Y. DERAIS, « Le professionnalisme des arbitres », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2012, dossier 19 ; Y. DERAIS, « Le professionnalisme des arbitres internationaux », *Rev. arb.*, 2019, spé. p.659 et s.

¹⁵¹³ Sur lesquels v° *supra*, n°401 et s.

¹⁵¹⁴ En ce sens, v° P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, LGDJ, 4^e édition, 2016, spé. n°293, p.197.

Ainsi, si l'on retenait l'approche des juges de première instance dans l'affaire *Blowpack*, on pourrait craindre que soit suffisant, pour caractériser la conscience de l'arbitre de méconnaître une obligation juridictionnelle, de démontrer que les parties ont alerté le tribunal sur le comportement qu'ils empruntaient. Chaque fois que les parties contesteraient, au cours de la procédure, la manière dont les arbitres agissent, elles se ménageraient ainsi la preuve d'une conscience des arbitres de méconnaître leurs obligations. Si tel était le cas, tout reproche adressé par les parties devrait alors conduire les arbitres à une extrême prudence, car un tel reproche, suivi d'une méconnaissance effective d'une obligation juridictionnelle, suffirait à caractériser une faute lourde génératrice de responsabilité. Une telle solution ne serait pas de nature à conférer aux arbitres la sérénité dont ils ont besoin dans l'exercice de leur fonction juridictionnelle. Ces derniers risqueraient d'être alors tétanisés. De fait, cela reviendrait à faire dépendre la responsabilité juridictionnelle des arbitres du comportement des parties, ce qui est loin de garantir que cette responsabilité puisse être engagée pour les seuls manquements les plus graves¹⁵¹⁵.

Le recours à la technique des présomptions aboutirait à un résultat tout aussi déséquilibré au regard du principe d'immunité. Au regard des hautes compétences des arbitres, les juges pourraient en effet présumer leur conscience de méconnaître une obligation juridictionnelle. Un arbitre serait alors systématiquement l'auteur d'une faute, puisqu'il aurait toujours la volonté ou, du moins, la conscience, de commettre une faute, sauf à être dément¹⁵¹⁶. Le caractère intentionnel de la faute (au sens où l'entendent Messieurs Garaud et de Rancourt, à savoir l'intention de violer l'obligation) serait présumé, et déduit du seul fait que l'obligation n'a pas été respectée. La faute lourde de l'arbitre se rapprocherait alors dangereusement de la faute simple, si tout manquement était présumé être commis en pleine conscience et que cette conscience, seule, suffisait à caractériser la faute lourde.

Il en résulte que le recours au critère de l'intention, défini comme la volonté d'adopter un comportement, ne correspond pas aux objectifs poursuivis par le principe d'immunité. En effet, de deux choses, l'une : ou bien l'intention ne pourra jamais être

¹⁵¹⁵ Ce résultat est d'ailleurs paradoxal, car Messieurs Garaud et de Rancourt définissent leur « *faute lourde professionnelle* » comme la « *méconnaissance grave des obligations essentielles de l'arbitre* » et estiment, comme le démontre leur référence à la faute professionnelle des juges, que seuls les manquements les plus graves, voire inexcusables, devraient être visés. Ce n'est pourtant pas ce à quoi aboutit le critère qu'ils retiennent, à savoir la volonté délibérée de commettre le manquement.

¹⁵¹⁶ P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, LGDJ, 4^e édition, 2016, spé. n°299, p.200.

prouvée, parce qu'elle implique de sonder la conscience de l'arbitre, qui bénéficiera alors d'une totale impunité de fait ; ou bien l'intention pourra trop facilement être établie, auquel cas l'arbitre ne sera quasiment plus, en pratique, protégé par une immunité propre à garantir l'exercice serein de la fonction juridictionnelle.

Pour toutes ces raisons, les différentes propositions doctrinales émises pour pallier les insuffisances de la conception positive de la faute juridictionnelle de l'arbitre n'emportent pas notre adhésion. Aussi, nous semble-t-il nécessaire de repenser la faute juridictionnelle de l'arbitre autour d'une autre définition.

B) La faute juridictionnelle : la proposition retenue

407. L'étude du droit positif et des propositions doctrinales concernant la définition de la faute juridictionnelle a fait apparaître des insuffisances qu'il serait souhaitable de pallier. Les éléments qui précèdent ont mis en lumière la nécessité de repenser les manquements de nature à engager la responsabilité juridictionnelle de l'arbitre. Cette réflexion passera d'abord par une redéfinition théorique de la faute juridictionnelle (1), qui devra ensuite être éprouvée dans son application pratique pour identifier précisément les cas dans lesquels l'arbitre est susceptible de voir sa responsabilité engagée à raison de l'exercice de sa fonction juridictionnelle (2).

1. La définition proposée de la faute juridictionnelle

La définition de la faute juridictionnelle implique d'abord d'en fixer la dénomination (a), avant d'en identifier les critères (b).

a. La dénomination proposée : la faute lourde juridictionnelle

408. La première difficulté rencontrée dans l'identification de la faute juridictionnelle tient à la multiplicité des manquements qu'elle recouvre. Pour rappel, la formule qui est aujourd'hui retenue en droit positif cible la définition de la faute juridictionnelle autour de la faute personnelle de l'arbitre, entendue comme une faute

équipollente au dol ou constitutive d'une fraude, d'une faute lourde ou d'un déni de justice¹⁵¹⁷.

Or, il a été démontré que les notions de faute « personnelle », de faute « équipollente au dol » et de « fraude » sont inadaptées à la responsabilité de l'arbitre-juge, de sorte qu'il ne devrait pas y être recouru pour caractériser la faute de nature à engager la responsabilité de l'arbitre dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle. En effet, la clarté et la prévisibilité de la définition de la faute juridictionnelle, nécessaires pour assurer la sérénité de l'arbitre et, par là, garantir l'effectivité du principe d'immunité¹⁵¹⁸, impliquent de retenir des termes qui sont propres au domaine auquel ils s'appliquent.

Le recours à la notion de déni de justice a également été jugé inopportun : entendu dans son acception stricte de refus de trancher le litige, il renvoie à des manquements contractuels, et non à des fautes juridictionnelles¹⁵¹⁹ ; dans son acception large, correspondant à la violation des principes de procédure, il pose un seuil de gravité trop bas pour garantir l'immunité de l'arbitre¹⁵²⁰.

Il reste donc la notion de faute lourde, que l'on a écartée en raison de la définition qui en est retenue en matière de justice étatique¹⁵²¹, et non en raison d'une dénomination impropre.

409. À l'instar de Messieurs Henry, Garaud et de Rancourt, il nous semble aussi qu'il suffit d'une seule notion pour regrouper tous les manquements susceptibles de justifier l'engagement de la responsabilité de l'arbitre dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle. En revanche, plutôt que la terminologie de « *faute intentionnelle malveillante* » ou de « *faute lourde professionnelle* », qui présentent toutes deux des inconvénients¹⁵²², il paraît opportun de recourir, tout simplement, à la notion de « *faute lourde juridictionnelle* ». Cette expression présente, en première approche, deux avantages.

D'abord, la notion de faute lourde renvoie, comme dans les autres domaines où elle est utilisée, à une faute qualifiée. Cette dénomination permet donc de traduire

¹⁵¹⁷ Sur cette définition, v° *supra*, n°382 et s.

¹⁵¹⁸ Sur cet objectif, v° *supra*, n°372 et s.

¹⁵¹⁹ En ce sens, v° *supra*, n°394.

¹⁵²⁰ En ce sens, v° *supra*, n°396.

¹⁵²¹ Sur ce point, v° *supra*, n°398 et s.

¹⁵²² Sur lesquels v° *supra*, n°401 et s. et n°404 et s.

l'élévation du seuil de gravité de la faute requise pour engager la responsabilité de l'arbitre. Elle introduit d'emblée l'idée que seuls les manquements les plus graves sont de nature à engager cette responsabilité. En cela, elle répond parfaitement à la philosophie du principe d'immunité, qui implique de protéger l'exercice de la fonction juridictionnelle de l'arbitre, sans pour autant lui offrir une totale impunité.

Ensuite, le qualificatif de faute « juridictionnelle » présente le mérite de préciser que c'est le comportement de l'arbitre dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle qui est ici visé. Cette terminologie permettrait ainsi d'opérer une distinction entre le manquement contractuel de l'arbitre, propre à engager sa responsabilité contractuelle, et le manquement juridictionnel, de nature à engager sa responsabilité délictuelle à raison de la faute commise dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle.

Si cette notion de « *faute lourde juridictionnelle* » paraît convenir, au premier abord, il faut s'assurer de son efficacité et de sa pertinence en définissant précisément son contenu.

b. Les critères de la faute lourde juridictionnelle

410. Tout comme la dénomination des manquements propres à engager la responsabilité juridictionnelle de l'arbitre, la délimitation du contenu de ces manquements peut se construire à la lumière des insuffisances que les définitions positives et doctrinales nous semblent présenter. À cet égard, les différentes notions utilisées par la jurisprudence ou proposées par la doctrine interrogent deux critères de la faute lourde sur lesquels il convient de se positionner.

411. Le premier critère est celui de l'intention. Faut-il intégrer, ou non, une dimension intentionnelle dans la faute lourde juridictionnelle ?

De prime abord, la question pourrait étonner car la notion de faute lourde est, du moins dans la théorie générale, détachée de toute notion d'intention. Elle se classe en effet parmi les catégories de fautes qualifiées non intentionnelles, aux côtés des fautes simple, grave et inexcusable. Monsieur Schmidt, se penchant sur la définition de la faute intentionnelle, a d'ailleurs pu relever que « *la faute lourde se distingue de la faute intentionnelle par l'absence d'élément intentionnel au sens de volonté de provoquer le*

dommage, et de la faute ordinaire par un degré de gravité caractérisée dont les contours sont toutefois imprécis »¹⁵²³. Pour autant, ce seul argument tiré de la définition de la faute lourde dans la théorie générale ne suffit pas à prendre position sur ce qu'elle devrait être en matière arbitrale, tant on sait que cette notion peut recouvrir des réalités différentes d'une branche du droit à l'autre¹⁵²⁴.

Si l'on raisonne au regard des problématiques propres à l'arbitrage, il apparaît que l'intention ne devrait pas compter parmi les critères nécessaires à l'appréciation du comportement de nature à engager la responsabilité juridictionnelle de l'arbitre. Cela ressort en particulier des réserves que l'on a pu formuler à l'égard des propositions doctrinales de redéfinition de la faute juridictionnelle. Deux acceptions de l'intention ont été développées par la doctrine : l'une, présente dans la définition proposée par Messieurs Garaud et de Rancourt, repose sur la volonté ou la conscience de méconnaître une obligation ; l'autre, portée par Monsieur Henry, implique la recherche d'un résultat, à travers la volonté de nuire à une partie ou au conseil d'une partie à l'arbitrage. Ni l'une, ni l'autre, de ces propositions intégrant un élément intentionnel dans la définition de la faute juridictionnelle ne nous ont paru opportunes. En effet, l'une comme l'autre présentent un risque de totale impunité de l'arbitre, en l'absence d'aménagement des règles de preuve et, à l'inverse, un risque d'effacement de son immunité, dans l'hypothèse où la preuve de l'intention serait facilitée. En outre, le critère de l'intention de nuire est apparu trop restrictif, dès lors que certains manquements pourraient être considérés comme atteignant un seuil de gravité suffisant pour engager la responsabilité de l'arbitre, même en l'absence de toute intention de nuire caractérisée.

412. Le second critère est celui du caractère objectif ou subjectif de la faute lourde juridictionnelle. Cette faute doit-elle être caractérisée à raison de la gravité du comportement de l'arbitre, et revêtir ainsi une dimension subjective, ou à raison de l'importance des obligations méconnues, et répondre alors à une approche objective ?

¹⁵²³ L.-M. SCHMIDT, *Les définitions en droit privé*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ – Lextenso Editions, 2017, spé. n°160, p.230. Pour une étude sur la distinction entre les fautes lourde, intentionnelle et inexcusable, v° également G. VINEY, « Remarques sur la distinction entre faute intentionnelle, faute inexcusable et faute lourde », *D.*, 1975, chr. 263.

¹⁵²⁴ C'est ainsi par exemple qu'en droit social, la faute lourde du salarié est devenue une faute intentionnelle, rompant ainsi avec la théorie générale (v° notam. Soc., 16 mai 1990, n°88-41.565, *Bull. V*, n°218 ; Soc., 29 novembre 1990, n°88-40.618, *Bull. V*, n°599 ; Soc., 22 octobre 2015, n°14-11.291, *Bull. V*, n°358 ; Soc., 28 mars 2018, n°16-26.013, *Bull. V*, n°218, ces arrêts exigeant l'intention du salarié de nuire à l'employeur ou à l'entreprise pour caractériser une faute lourde).

Sur ce point, la faute lourde est abordée tout à fait différemment par la théorie générale de la responsabilité civile et par le droit de la responsabilité de l'Etat du fait de l'exercice de la fonction juridictionnelle. En effet, dans la théorie générale, la faute a été définie par la jurisprudence, en matière de responsabilité contractuelle¹⁵²⁵, comme « *une négligence d'une extrême gravité confinant au dol et démontrant l'inaptitude du débiteur à l'accomplissement de la mission contractuelle qu'il a acceptée* »¹⁵²⁶. C'est donc une approche résolument subjective qui a été retenue en ce domaine, après quelques hésitations puisque certains arrêts avaient choisi de retenir une définition plus objective de la faute lourde comme celle qui résulte du caractère essentiel de l'obligation inexécutée¹⁵²⁷. À l'inverse, on l'a vu¹⁵²⁸, en matière de responsabilité du fait de l'exercice de la fonction juridictionnelle étatique, la jurisprudence a renoncé à une approche subjective définissant la faute comme une « *erreur tellement grossière qu'un magistrat normalement soucieux de ses devoirs n'y aurait pas été entraîné* » pour adopter une conception objective reposant sur « *un fait ou une série de faits traduisant l'inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investi* ».

Derrière ces deux approches diamétralement opposées, se joue la question de la gravité de la faute. L'appréciation de cette gravité renvoie à des enjeux différents qui expliquent probablement la différence d'approches. Ainsi, en matière contractuelle, la faute lourde a essentiellement pour effet de priver le contractant fautif de la protection des clauses limitatives de responsabilité¹⁵²⁹. Il s'agit donc avant tout de sanctionner un comportement du contractant, ce qui explique l'appréciation subjective de la gravité. En matière de responsabilité étatique, la dimension punitive passe au second plan : ce n'est pas tant le comportement du juge qui importe, que les effets que ce comportement a eu sur les justiciables. On comprend alors que la gravité soit envisagée de manière objective, et appréciée au regard des conséquences des différents dysfonctionnements

¹⁵²⁵ C'est essentiellement dans la responsabilité contractuelle que s'est développée la jurisprudence relative à la faute lourde. En matière délictuelle, en revanche, si la faute lourde existe, elle est moins souvent à l'œuvre, de sorte que la jurisprudence n'a pas eu l'occasion d'en dégager une véritable définition.

¹⁵²⁶ Cette définition est acquise depuis que la Cour de cassation s'est prononcée en chambre mixte sur la question : Ch. mixte, 22 avril 2005, deux arrêts (n°03-14.112 et n°02-18.326), *Bull. ch. mixte* n°3 et 4. La solution a été réaffirmée par la suite (v° notam. Com., 29 juin 2010, n°09-11841, *Bull. IV*, n°115, relevant que « *la faute lourde ne peut résulter du seul manquement à une obligation contractuelle, fût-elle essentielle, mais doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur* »).

¹⁵²⁷ En ce sens, v° notam. Civ. 1^e, 18 janvier 1984, n°82-15.103, *Bull. I*, n°27 (caractérisant la faute lourde « en raison du caractère essentiel de l'obligation inexécutée et de la gravité des conséquences possibles du manquement constaté » ; Com., 9 mai 1990, n°88-17.687, *Bull. IV*, n°142.

¹⁵²⁸ V° *supra*, n°399.

¹⁵²⁹ V° *supra*, n°391.

constatés sur la qualité du travail fourni par le service public de la justice, dans son ensemble.

L'arbitrage, quant à lui, se situe au croisement de ces enjeux, en raison de sa dualité. L'arbitre étant à la fois un contractant et un juge, il engage sa responsabilité tantôt comme contractant, tantôt comme juge. Dans les deux cas, cependant, c'est bien sa responsabilité personnelle qui sera engagée, et non celle d'un tiers appelé à répondre de son comportement. Pour respecter la logique de la dualité, il conviendrait de cibler la gravité du manquement sur le comportement de l'arbitre seulement dans les cas où sa responsabilité contractuelle est recherchée. En revanche, dans les cas où c'est en tant qu'arbitre-juge qu'il est inquiété, la gravité du manquement devrait s'apprécier, comme en matière de justice étatique, au regard des conséquences que le manquement aura produit sur les parties et, plus largement, sur la justice arbitrale. Pour cette raison, il nous semble qu'une approche objective de la faute lourde s'impose en matière arbitrale, tout comme elle s'impose dans la justice étatique.

413. Il reste alors à déterminer ce que doit recouvrir cette faute lourde juridictionnelle appréhendée objectivement. La définition retenue en matière de justice étatique n'est, on l'a vu, pas transposable en matière arbitrale. En effet, outre l'abaissement du seuil de gravité qu'elle consacre, elle se réfère à « *l'inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investi* », ce qui ne trouve pas d'équivalent en matière arbitrale¹⁵³⁰. Il serait envisageable d'adapter ce critère à l'arbitre et de considérer comme graves les manquements qui dénotent l'inaptitude de l'arbitre à remplir la mission dont il est investi. Mais la faute lourde juridictionnelle se rapprocherait alors considérablement de la faute lourde contractuelle et perdrait toute dimension objective pour être appréciée au regard de la gravité du comportement de l'arbitre. Cette approche n'est pas celle qui nous paraît la plus opportune, non seulement parce qu'elle met davantage en avant la dimension punitive que l'objectif de protection des justiciables recourant à cette forme de justice, mais aussi parce qu'elle ne remplit pas au mieux les exigences découlant du principe d'immunité de l'arbitre. À ce titre, pour apporter à l'arbitre la sérénité nécessaire à l'exercice de sa fonction juridictionnelle, la faute de nature à engager sa responsabilité juridictionnelle doit être définie de manière

¹⁵³⁰ Sur ces arguments, v° *supra*, n°400.

suffisamment précise pour être intelligible et prévisible¹⁵³¹. Or, le critère tiré de l'inaptitude à exercer une mission est pour le moins imprévisible dans sa mise en œuvre : il suppose une appréciation casuistique du comportement de l'arbitre qui aboutira à déterminer si, aux yeux de celui qui en juge, ce comportement apparaît suffisamment grave pour dénoter une inaptitude à l'exercice de la fonction juridictionnelle. Toute définition subjective de la faute lourde implique une marge d'appréciation importante peu compatible avec la prévisibilité, dès lors qu'elle est susceptible de varier d'un observateur à l'autre. L'ensemble de ces raisons nous conduisent donc à écarter de la définition de la faute lourde juridictionnelle toute référence au critère de l'inaptitude à remplir la mission confiée à l'arbitre.

Tout cela conduit assez naturellement à retenir, pour caractériser objectivement la gravité de la faute lourde, le critère de l'importance des obligations méconnues par l'arbitre. C'est d'ailleurs ainsi qu'était définie la faute lourde contractuelle lorsqu'elle répondait à une approche objective : comme un manquement à une obligation essentielle. De la même façon, en matière d'arbitrage, **la faute lourde juridictionnelle, répondant à une approche objective mais dépourvue de dimension intentionnelle, pourrait être définie comme un manquement de l'arbitre à ses obligations juridictionnelles essentielles.**

À supposer que l'on retienne cette définition, encore faut-il préciser, concrètement, quelles sont les obligations juridictionnelles essentielles dont la méconnaissance est susceptible d'engager la responsabilité de l'arbitre dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle. C'est ce qu'il faut à présent aborder, à travers la mise en application de la faute lourde, telle que nous proposons de la redéfinir.

2. La mise en application de la faute lourde juridictionnelle

414. L'identification des devoirs juridictionnels essentiels dont la méconnaissance devrait être source de responsabilité peut s'appuyer sur l'observation de la jurisprudence. Trois décisions, en particulier, nous paraissent révélatrices à cet égard.

¹⁵³¹ Sur ce point, v° *supra*, n°373 et s.

415. La première est l'arrêt *Azran*¹⁵³². Dans cette affaire, la Cour de cassation était interrogée sur la question du manquement de nature à engager la responsabilité de l'arbitre. Il était reproché aux juges du fond d'avoir subordonné la responsabilité de l'arbitre à la démonstration d'une faute personnelle équipollente au dol, constitutive d'une fraude, d'une faute lourde ou d'un déni de justice, alors que, selon le demandeur au pourvoi, la responsabilité de l'arbitre aurait dû engagée dans les conditions du droit commun, donc pour faute simple, dès lors que l'arbitre n'est investi d'aucune fonction publique.

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi en raisonnant en deux temps. Elle a d'abord jugé que la faute invoquée, tenant à la méconnaissance de l'autorité de la chose jugée, se rattachait à l'exercice de la fonction juridictionnelle des arbitres. Elle a ensuite approuvé la cour d'appel d'avoir écarté la responsabilité des arbitres « *en l'absence de preuve de faits propres à caractériser une faute personnelle équipollente au dol ou constitutive d'une fraude, d'une faute lourde ou d'un déni de justice* ».

Dans cette décision, ce sont surtout les constatations de la cour d'appel, relevées par la Cour de cassation, qui renseignent sur les faits qui, selon la haute juridiction, seraient propres à caractériser une faute juridictionnelle. En effet, la Cour de cassation a estimé que la cour d'appel avait légalement justifié sa décision après avoir, d'une part, relevé que « *l'arbitrage avait été poursuivi après le 18 octobre 2001 sur la base de faits nouveaux ou nouvellement découverts et que les arbitres avaient statué comme amiables compositeurs* », ce qui était de nature à écarter toute méconnaissance de l'autorité de la chose jugée, et, d'autre part, « *exclu l'existence d'un manquement des arbitres à leur obligation d'impartialité et de bonne foi* ». Autrement dit, en l'absence de manquement des arbitres à leur obligation d'impartialité et de méconnaissance de l'autorité de la chose jugée, aucune faute propre à engager la responsabilité du fait de l'exercice de la fonction juridictionnelle n'était caractérisée. Ces deux éléments ont été considérés comme suffisamment significatifs pour devoir être soulignés. Est-ce à dire que si ces deux types de manquements avaient été caractérisés, la faute juridictionnelle de l'arbitre aurait pu être retenue ? Sous toutes les réserves qu'implique l'interprétation *a contrario*, on peut penser, à tout le moins, que la motivation retenue par la Cour de cassation ouvre une fenêtre en ce sens.

¹⁵³² Civ. 1^e, 15 janvier 2014, n°11-17.196, *Bull I*, n°1.

416. Cette impression se précise ensuite à la lecture de l'arrêt *Blowpack*, rendu par la cour d'appel de Paris le 21 mai 2019¹⁵³³. Dans cette affaire, les parties recherchaient la responsabilité d'arbitres à qui elles reprochaient d'avoir manqué au principe du contradictoire en statuant à l'aide de documents, ou de bribes de documents, non traduits dans la langue de l'arbitrage. Or, si la violation du principe du contradictoire était avérée, puisqu'elle avait conduit à l'annulation de la sentence, elle n'a pas pour autant été jugée suffisante pour engager la responsabilité des arbitres. En effet, la cour d'appel a d'abord exclu la faute équipollente au dol et la fraude, après avoir relevé « *qu'il n'est pas reproché aux arbitres une volonté de privilégier la société Windmüller & Hölscher, un manque d'impartialité ou d'indépendance* » et qu'ils avaient agi « *dans le souci de l'intérêt des parties et du respect de leur obligation de célérité* ». Elle a ensuite écarté la faute lourde au motif que « *les arbitres ont commis une erreur d'appréciation sur la portée et l'étendue du principe du contradictoire, sur laquelle ils n'ont pas été spécialement alertés, et alors qu'aucun élément versé aux débats ne permet de retenir que les parties non traduites aient pu comprendre des informations pertinentes.* »

Il ressort de cette motivation que le seul manquement au principe du contradictoire ne suffit pas à caractériser une faute juridictionnelle de l'arbitre, en l'absence d'autre manquement aux obligations juridictionnelles, en particulier en l'absence de violation des obligations d'indépendance et d'impartialité. Là encore, comme dans l'arrêt *Azran*, les juges ont pris le soin de relever l'absence de tout argument invoquant un défaut d'indépendance ou d'impartialité avant d'écarter la faute juridictionnelle et, en conséquence, la responsabilité des arbitres. En revanche, contrairement à l'arrêt *Azran*, un autre manquement pouvait être reproché aux arbitres : la violation du principe du contradictoire. Se dessine alors l'idée que la faute juridictionnelle serait caractérisée par un double manquement de l'arbitre à ses devoirs juridictionnels, et spécifiquement aux obligations d'indépendance et d'impartialité. Dit autrement, le manquement à l'obligation d'indépendance et d'impartialité semble se présenter comme une condition de la caractérisation d'une faute de l'arbitre-juge.

417. Cette idée se confirme, enfin, à la lecture de l'arrêt *Desbordes*, rendu par la cour d'appel de Paris le 2 avril 2019¹⁵³⁴. Dans cet arrêt, la responsabilité de l'arbitre a

¹⁵³³ CA Paris, 21 mai 2019, *Blowpack SARL c/ M. C. et autres*, n°17-12238.

¹⁵³⁴ CA Paris, 2 avril 2019, n°16-00136.

été engagée pour avoir assigné l'une des parties au cours de l'instance arbitrale afin d'obtenir le paiement des sommes dûes au titre des honoraires de l'arbitrage. Pour aboutir à l'engagement de la responsabilité de l'arbitre, la cour d'appel a commencé par relever que l'arbitre « *dans l'exercice de sa mission juridictionnelle* » se doit de respecter « *les principes de loyauté¹⁵³⁵, d'indépendance et d'impartialité [...] ainsi que les principes directeurs du procès tels qu'énumérés à l'article 1460 du code de procédure civile* » dans sa rédaction applicable à la cause. Elle a ensuite considéré qu'en agissant comme il l'avait fait, l'arbitre avait empêché « *que l'instance arbitrale se poursuive devant lui dans des conditions garantissant la loyauté et l'impartialité attendues d'un arbitre qui exerce une mission juridictionnelle* ». Autrement dit, pour les juges de la cour d'appel, les manquements propres à engager la responsabilité juridictionnelle de l'arbitre tenaient à un manquement à deux de ses obligations juridictionnelles : l'obligation de loyauté, d'une part ; l'obligation d'impartialité, d'autre part.

418. Des différentes décisions observées, il ressort que la faute juridictionnelle tend à être caractérisée par une pluralité de manquements au rang desquels sont toujours mentionnées les obligations d'indépendance et d'impartialité. Suivant cette logique, deux circonstances devraient ainsi être réunies pour établir une faute lourde juridictionnelle, c'est-à-dire un manquement de l'arbitre à ses obligations juridictionnelles essentielles : d'une part, la faute lourde supposerait la violation d'au moins deux obligations juridictionnelles ; d'autre part, l'une des deux obligations méconnues devrait être l'obligation d'indépendance ou d'impartialité. Autrement formulé, **la faute lourde juridictionnelle supposerait la méconnaissance de l'obligation d'indépendance ou d'impartialité, à laquelle s'ajouterait la violation d'une autre obligation juridictionnelle, quelle qu'elle soit¹⁵³⁶**. Cette approche, qui peut trouver une assise dans la jurisprudence, semble par ailleurs opportune, pour deux raisons.

D'abord, elle place les obligations d'indépendance et d'impartialité au cœur de la faute lourde juridictionnelle, en faisant de leur méconnaissance une condition

¹⁵³⁵ C'est le principe de loyauté procédurale qui est visé, puisqu'il est rattaché à la « *mission juridictionnelle* » de l'arbitre.

¹⁵³⁶ On réservera toutefois l'hypothèse d'un manquement au principe de loyauté procédurale. En effet, on a vu que la loyauté procédurale était parfois assimilée aux devoirs d'indépendance et d'impartialité (en ce sens, v° *supra*, n°181 et s.). Dans ce cas, si la déloyauté se confond avec la dépendance ou la partialité de l'arbitre, la condition tenant à deux manquements distincts ne sera pas remplie.

nécessaire de l'engagement de la responsabilité juridictionnelle de l'arbitre. Or, de l'avis de la doctrine¹⁵³⁷ comme de la jurisprudence¹⁵³⁸, ces obligations participent de l'essence même de l'arbitrage, dans sa dimension juridictionnelle. Il paraît donc naturel qu'elles soient convoquées lorsqu'il s'agit d'identifier les manquements de l'arbitre à ses obligations juridictionnelles essentielles.

Ensuite, l'approche proposée exige un second manquement, au moins, à une autre obligation juridictionnelle de l'arbitre. En cela, elle s'inscrit parfaitement dans la logique du principe d'immunité : en exigeant une pluralité de manquements pour engager la responsabilité juridictionnelle de l'arbitre, on s'assure qu'une simple erreur ne soit pas suffisante pour menacer la sérénité de l'arbitre dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle.

419. Ces applications de la définition proposée induiraient notamment deux séries de conséquences pratiques.

La première tient à ce que la violation de l'obligation d'indépendance ou d'impartialité serait nécessaire pour caractériser la faute lourde juridictionnelle. Cela implique donc que les manquements à d'autres obligations juridictionnelles seraient, à eux seuls, insuffisants. Ainsi, la responsabilité juridictionnelle de l'arbitre ne pourrait être engagée ni pour un manquement isolé, ni pour une accumulation de manquements, s'il n'est pas par ailleurs dépendant ou partial. Un arbitre pourrait donc commettre plusieurs manquements juridictionnels, sans pour autant engager sa responsabilité. Il pourrait, par exemple, « mal juger » et manquer ainsi à son obligation de trancher le litige dans le respect des règles applicables, et manquer dans le même temps à son obligation de célérité qui lui impose de statuer dans un délai raisonnable. Il pourrait, en outre, omettre l'une des mentions formelles requises pour la validité de la sentence, tout en ayant méconnu par ailleurs le principe du contradictoire. On pourrait imaginer ainsi

¹⁵³⁷ V° notam. E. LOQUIN, « Les garanties de l'arbitrage », *Les petites affiches*, 2003, spé. n°2, p.13 ; C. C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, spé. n°228, p.268 ; L. BERNHEIM- VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, Bruylant, spé. n°636, p.509-510 ; J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, PUF, 1^e édition, 2016, 1^e édition, spé. n°185, p.334 ; L. JANDARD, *La relation entre l'arbitre et les parties, critique du contrat d'arbitre*, Thèse dactylographiée, spé. n°109, p.141 ; P. GIRAUD, *La conformité de l'arbitre à sa mission*, Bruylant, spé. n°109, p.91.

¹⁵³⁸ V° notam. CA Paris, 28 novembre 2002, *JCP G*, 2003, I, 164, n°3, obs. C. SERAGLINI ; *Rev. arb.*, 2003, p. 445, note C. BELLOC ; CA Versailles, 2 mars 2006, *D.*, 2006, p.3026 citée par T. CLAY ; Civ. 1^e, 16 mars 1999, *Bull I*, n°88, où la Cour de cassation a énoncé que l'indépendance et l'impartialité « sont de l'essence de la fonction arbitrale » ; Civ. 2^e, 13 avril 1972, n°70-12.774, retenant que « l'indépendance d'esprit est indispensable à l'exercice du pouvoir juridictionnel, quelle que soit sa source, et est l'une des qualités essentielles des arbitres ».

de multiples combinaisons de manquements juridictionnels insusceptibles d'engager la responsabilité de l'arbitre, à défaut de dépendance ou de partialité de l'arbitre. De telles situations seraient-elles conformes à la philosophie du principe d'immunité, qui implique un équilibre entre la sérénité offerte à l'arbitre et l'impunité totale? N'aboutiraient-elles pas à une trop grande impunité de l'arbitre dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle? Il ne le semble pas. Au vu de la multiplication des obligations juridictionnelles qui s'imposent à l'arbitre, nul n'est à l'abri de commettre un, voire plusieurs manquements, par de simples erreurs d'appréciation ou négligences. Pour que ces fautes revêtent une gravité suffisante pour menacer l'immunité de l'arbitre, elles doivent impliquer ce qui fait l'essence même de l'arbitrage, au point de faire peser un doute sur les vertus de la justice rendue. Seuls les manquements à l'indépendance ou l'impartialité de l'arbitre paraissent propres à caractériser une telle gravité : ce sont eux qui conduiront à soupçonner que tel ou tel manquement n'est pas le fruit de simples erreurs ou maladresses, mais le résultat d'une situation incompatible avec l'exercice d'une justice vertueuse. Ne sont donc constitutifs d'une faute lourde juridictionnelle que les situations dans lesquelles l'arbitre a manqué à la fois à son obligation d'indépendance ou d'impartialité et à une autre de ses obligations juridictionnelles. Les autres manquements, même s'ils ne sont pas de nature à engager la responsabilité civile de l'arbitre-juge, ne resteront pas sans conséquences, puisqu'ils pourront conduire à la nullité ou au refus d'exequatur de la sentence rendue. Les parties n'ont donc pas à craindre de se voir imposer des sentences rendues sans que certaines obligations juridictionnelles n'aient été respectées. Mais l'image et la réputation mêmes de la justice arbitrale ne seront entamées que si la décision a été rendue par un acteur qui ne présente pas les qualités essentielles requises pour exercer une fonction juridictionnelle. C'est la raison pour laquelle il nous semble opportun de fixer le curseur de la gravité de la faute lourde juridictionnelle sur les obligations d'indépendance et d'impartialité.

La seconde conséquence pratique de l'approche proposée tient à ce que la violation de l'obligation d'indépendance ou d'impartialité serait certes nécessaire, mais insuffisante, à elle seule, à caractériser la faute lourde juridictionnelle génératrice de responsabilité. Autrement dit, la dépendance ou la partialité d'un arbitre pourra être établie, sans que sa responsabilité ne soit pour autant engagée si aucun autre manquement à ses obligations juridictionnelles n'est caractérisé. Une telle situation ne

nous paraît pas davantage choquante que la précédente. En effet, on pourrait parfaitement imaginer qu'un arbitre se trouve placé dans une situation de partialité ou de dépendance à l'égard de l'une des parties ou du conseil de l'une des parties et que, pour autant, cette situation n'ait eu aucune influence sur sa décision. Dans une telle hypothèse, le seul manquement aux obligations d'indépendance ou d'impartialité ne présente pas une gravité telle que la responsabilité de l'arbitre doive être recherchée. En effet, la dépendance ou la partialité n'aura pas eu d'incidence sur les parties, si la sentence rendue n'a pas été guidée par cette circonstance. Si elle l'a été, d'autres manquements pourront généralement être constatés à la charge de l'arbitre. En effet, on peut raisonnablement penser que si l'arbitre partial ou dépendant d'une des parties souhaite la favoriser, il manquera probablement à une autre obligation pour réaliser son dessein, en violant, pour ne citer que quelques possibilités, le principe de la contradiction pour favoriser « sa » partie, ou celui du dispositif pour inclure une demande que « sa » partie aurait omis, ou encore en violant l'obligation de célérité dans un souci d'allongement de la procédure si cela est favorable à « sa » partie. C'est donc bien le cumul des manquements qui devrait présenter une gravité objective suffisante pour caractériser la faute lourde juridictionnelle.

420. Au terme de ces développements, il apparaît donc que le manquement de nature à engager la responsabilité délictuelle de l'arbitre à raison de l'exercice de sa fonction juridictionnelle peut être repensé autour de la notion de faute lourde juridictionnelle. Une telle faute pourrait être définie comme le manquement de l'arbitre à ses obligations juridictionnelles essentielles, lequel devrait être caractérisé par un défaut d'impartialité ou d'indépendance auquel s'ajoute la violation d'une autre obligation juridictionnelle.

Section 2 : Le manquement contractuel de l'arbitre-cocontractant

421. L'arbitre, comme on l'a montré à plusieurs reprises, est à la fois un juge et un cocontractant. À chacune de ces qualités sont rattachées des obligations qui pèsent sur l'arbitre. Celles qui se rattachent à la fonction juridictionnelle doivent entraîner, en cas de violation, la responsabilité délictuelle de l'arbitre, tandis que les secondes doivent

entraîner la responsabilité contractuelle de l'arbitre, conformément au principe du non-cumul des responsabilités délictuelle et contractuelle.

Il est admis par une doctrine majoritaire et de nombreuses décisions de jurisprudence que l'arbitre est lié aux parties par un contrat qui l'investit de sa fonction juridictionnelle.

La distinction opérée entre les obligations juridictionnelles et les obligations contractuelles de l'arbitre¹⁵³⁹ invite à identifier distinctement les manquements susceptibles d'engager, respectivement, la responsabilité délictuelle de l'arbitre, dans le cadre de sa fonction juridictionnelle, et la responsabilité contractuelle qu'il engage lorsqu'il manque à l'une de ses obligations contractuelles. De ce point de vue, le régime de la responsabilité contractuelle de l'arbitre ne présente, *a priori*, pas de particularités par rapport au droit commun. En effet, c'est seulement dans le cadre de l'exercice de la fonction juridictionnelle de l'arbitre que la jurisprudence a élaboré un régime spécifique, sous l'égide du principe d'immunité. Par contraste, lorsque l'arbitre commet un manquement qui ne s'inscrit pas dans le cadre de sa fonction juridictionnelle, mais dans celui de sa mission contractuelle, il n'est protégé par aucune immunité. Il est donc susceptible d'engager sa responsabilité comme n'importe quel contractant.

422. C'est donc le droit commun de la responsabilité contractuelle qu'applique la jurisprudence pour identifier la faute contractuelle de l'arbitre, de nature à engager sa responsabilité. Sur cette question, la problématique est très similaire à celle que l'on trouve en matière juridictionnelle, mais elle n'appelle pas les mêmes méthodes de résolution. En effet, dans l'un et l'autre cas, l'étude du fait générateur de responsabilité suppose d'identifier les comportements de l'arbitre qui sont de nature à caractériser une faute génératrice de responsabilité. Pour aboutir à cette identification, il fallait toutefois passer, en matière juridictionnelle, par une définition de la faute qualifiée.

En matière contractuelle, en revanche, il n'est pas besoin de définir la faute : il est acquis que la faute génératrice de responsabilité consiste en un manquement du contractant à ses obligations, ce qui implique une inexécution totale, partielle, ou une

¹⁵³⁹ V° *supra*, partie 1.

mauvaise exécution de ses obligations¹⁵⁴⁰. Nul besoin, ici, de s'interroger sur la gravité de la faute génératrice de responsabilité : toute faute, même simple, suffit à engager la responsabilité du contractant qui s'en rend coupable¹⁵⁴¹. En ce domaine, la question qui se pose n'est pas celle du degré de gravité que doit présenter le comportement de l'arbitre pour être source de responsabilité, mais celle de savoir *comment* établir le manquement de l'arbitre à ses obligations contractuelles.

Classiquement, pour caractériser un manquement contractuel, la jurisprudence tend à recourir à la distinction entre les obligations de moyens et les obligations de résultat. Or, le recours à cette distinction ne permet pas, selon nous, d'identifier les comportements fautifs de l'arbitre : elle présente des insuffisances qui conduiront à la rejeter (§1) pour retenir, plus simplement, une approche casuistique de la faute contractuelle (§2). Donc, le manquement contractuel doit lui aussi être repensé pour s'adapter aux enjeux de la responsabilité civile contractuelle de l'arbitre-cocontractant.

¹⁵⁴⁰ En ce sens, v° J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil Les obligations : Tome 3 Le rapport d'obligation*, Sirey, 2015, 9^e édition, spé. n°200, p.195 ; H. BOUCARD, *Droit civil, Responsabilité contractuelle*, Dalloz, 2019, 1^e édition, spé. n°273, p.153-154.

¹⁵⁴¹ En ce sens, v° J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil Les obligations : Tome 3 Le rapport d'obligation*, *op. cit.*, spé. n°203, p.196-197 ; H. BOUCARD, *Droit civil, Responsabilité contractuelle*, *op. cit.*, spé. n°274, p. 154.

§1) L'identification des manquements contractuels de l'arbitre : le rejet de la distinction entre obligations de moyens et de résultat

Bien qu'elle soit largement utilisée en droit positif pour caractériser les manquements contractuels sources de responsabilité, y compris en matière arbitrale (A), la distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat présente des insuffisances telles que son utilisation s'avère en réalité inopportune (B).

A) Le recours du droit positif à la distinction entre obligations de moyens et de résultat

423. La responsabilité de l'arbitre ne fait l'objet d'aucune disposition légale spécifique. La jurisprudence saisie de cette question s'est donc tournée vers les principes de droit commun de la responsabilité contractuelle et ce, de manière très explicite. Ainsi, dès les premières décisions rendues en matière de responsabilité, les juridictions ont jugé que l'arbitre-contractant engage sa responsabilité du fait du contrat d'arbitre qui le lie aux parties « *dans les conditions du droit commun* »¹⁵⁴² « *dans les termes des articles 1142 et 1147* » du Code civil¹⁵⁴³. Cette démarche a naturellement conduit les juges à faire application de la distinction entre les obligations de moyens et les obligations de résultat pour caractériser le manquement contractuel de l'arbitre.

Cette distinction a été mise en lumière¹⁵⁴⁴ par Demogue¹⁵⁴⁵, avant d'être adoptée par la doctrine¹⁵⁴⁶ et appliquée par les juridictions, qui y ont très souvent

¹⁵⁴² TGI PARIS, 12 mai 1993, *Rev. arb.*, 1996, spé. p.411.

¹⁵⁴³ TGI Paris, 13 juin 1990, *Bompard c/ C.*, *Gazette du palais.*, 1990, II, sommaire, p.417, *Rev. arb.*, 1996, p.476, note P. FOUCHARD. Dans cette décision, les juges du tribunal de grande instance de Paris n'évoquaient pas un contrat d'arbitre mais un contrat d'investissement.

¹⁵⁴⁴ Joseph Frossard considère que Demogue n'avait fait que mettre en lumière cette distinction. Pour lui, « *la réalité a précédé l'exposé* » (J. FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultats*, LGDJ, 1965, spé. n°20, p.18).

¹⁵⁴⁵ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. 5, Librairie Arthur Rousseau, 1925, spé. nos 1237 et s., p. 536 et s.

¹⁵⁴⁶ Pour quelques auteurs se référant à cette distinction, v° notam. P. BRUN, *Les présomptions dans le droit de la responsabilité civile*, Thèse Ronéot, Grenoble II, 1993, spé. p.220 et s. ; S. HOCQUET-BERG, *Obligation de moyens ou obligation de résultat, A propos de la responsabilité du médecin*, LGDJ, 1996 ; J. BELLISSENT, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat : à propos de l'évolution des ordres de responsabilité civile*, LGDJ, 2001 ; Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, 16^e édition, 2018-2019, , spé. n°2956 et s., p. 1028 et s. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations : 3. Le rapport d'obligation*, Sirey, 2015, 9^e

recours. Elle consiste à classer les obligations dans deux principales catégories¹⁵⁴⁷ : les obligations de moyens et les obligations de résultat. Les premières imposent au débiteur de mettre en œuvre tous les moyens possibles pour atteindre le résultat recherché sans pour autant lui imposer de l'atteindre tandis que les secondes obligent le débiteur à atteindre le résultat¹⁵⁴⁸.

424. En matière arbitrale, c'est essentiellement au sujet du non-respect des délais de l'arbitrage que cette distinction a été appliquée par la jurisprudence. De fait, il s'agit là du seul domaine dans lequel, à notre connaissance, la responsabilité de l'arbitre-contractant s'est illustrée en jurisprudence.

Ainsi, dans une affaire dans laquelle un arbitre avait laissé les délais de l'arbitrage expirer sans en demander la prolongation au juge d'appui, la Cour de cassation a énoncé « *qu'en laissant expirer le délai d'arbitrage sans demander sa prorogation au juge d'appui, à défaut d'accord des parties ou faute pour celles-ci de la solliciter, les arbitres, **tenus à cet égard d'une obligation de résultat**, ont commis une faute ayant entraîné l'annulation de la sentence, et ont engagé leur responsabilité* »¹⁵⁴⁹.

À l'inverse, dans une affaire où la responsabilité des arbitres était recherchée pour avoir laissé une procédure se prolonger pendant une durée particulièrement longue, la responsabilité a été écartée au motif que « *l'action en responsabilité des arbitres, qui ne sont tenus que d'une obligation de moyens, ne pouvait être accueillie* », dès

édition, spé. n°209 et s., p. 203 et s. ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz 2019, 12^e édition, spé. n°846 et s., p.905 et s. ; P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz action 2018-2019, 11^e édition, spé. n°3123 et s., p.1279 et s. ; G.VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4^e édition, 2013, spé. n°519 et s., p.587 et s. ; Y. PICOD, *Répertoire de droit civil, Dalloz*, v° Obligations, 2017, spé. n°76 et s. ; G. CHANTEPIE, *Répertoire de droit civil, Dalloz*, v° Contrat : effets – Sanctions de l'inexécution, 2018, spé. n°298 ; H. BOUCARD, *Répertoire de droit civil, Dalloz*, v° Responsabilité contractuelle, Violation de l'obligation, 2018, spé. n°290 et s. ; P. VEAUX-FOURNERIE, D. VEAUX, M. GARNIER, *Encyclopédie JurisClasseur Contrats – Distribution*, v° Fasc. 85 : Typologie des obligations, 2003, spé. n°67 et s. ; D. MAZEAUD, « La distinction obligation de résultat - obligation de moyens : le saut dans le vide », *D.*, 2017, p.198 ; H. BOUCARD, *Droit civil, Responsabilité contractuelle, op. cit.*, spé. n°289 et s., p.161 et s.

¹⁵⁴⁷ Il existe en réalité des sous-catégories au sein de ces catégories principales : v° *infra*, n°**Erreur !**
Source du renvoi introuvable.

¹⁵⁴⁸ En ce sens, v° H. BOUCARD, *Droit civil, Responsabilité contractuelle*, Dalloz, 2019, 1^e édition, spé. n°291, p.161-162 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, spé. n°846, p.906 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil Les obligations : Tome 3 Le rapport d'obligation, op. cit.*, spé. n°209, p.203.

¹⁵⁴⁹ Civ. 1^e, 6 décembre 2005, n°03-13.116, *Bull I*, n°462.

lors que la procédure avait été entravée par de nombreux incidents et présentait une complexité qui expliquait sa longueur, indépendamment de toute faute des arbitres¹⁵⁵⁰.

Dans le même sens, la cour d'appel de Paris a eu recours à la notion d'obligation de moyens dans une hypothèse dans laquelle des arbitres avaient rendu leur sentence sur une convention expirée. Dans cette décision, les juges de la cour d'appel de Paris ont engagé la responsabilité des arbitres en énonçant que ces derniers sont « *tenus, dans la conduite de l'instance arbitrale, d'une obligation de moyens* » et en considérant qu'ils ont manqué à cette obligation en « *ne prenant pas les initiatives procédurales qui leur incombaient* » au titre de leur obligation « *de préserver l'instance arbitrale en veillant à ce que le délai de reddition de la sentence ne soit pas expiré* »¹⁵⁵¹.

Ces quelques illustrations suffisent à démontrer la prégnance de la distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat au sein des décisions rendues en matière de responsabilité contractuelle de l'arbitre. Pourtant, cette distinction s'avère inopportune, notamment en ce qu'elle ne permet pas d'identifier les comportements qui emportent la responsabilité de l'arbitre.

B) L'inopportunité du recours à la distinction entre obligations de moyens et de résultat

Plusieurs raisons nous poussent à douter de l'opportunité du recours à la distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat pour caractériser le manquement contractuel de l'arbitre. La première de ces raisons tient à une incertitude sur l'existence même de cette distinction, à la suite de la réforme du droit des obligations par l'ordonnance du 10 février 2016¹⁵⁵² et la loi de ratification du 20 avril 2018¹⁵⁵³ (1). La deuxième raison réside dans les difficultés d'application attachées à cette distinction (2). La troisième raison, qui est la plus dirimante, repose sur le constat

¹⁵⁵⁰ Civ. 1^e, 17 novembre 2010, n°09-12.352, *Bull I*, n°223. On soulignera que l'arrêt porte sur une obligation que nous avons classée parmi les obligations juridictionnelles de l'arbitre : l'obligation de célérité, qui implique de statuer dans un délai raisonnable (v° *supra*, partie 1). Toutefois, la jurisprudence ne retenant pas cette qualification, elle fait application du régime de la responsabilité contractuelle à chaque fois que la responsabilité de l'arbitre est recherchée pour avoir statué dans un délai trop long, sans distinguer selon qu'il a méconnu les délais de l'arbitrage ou le délai raisonnable.

¹⁵⁵¹ CA Paris, 31 mars 2015, n°14-05436.

¹⁵⁵² Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

¹⁵⁵³ Loi n°2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

que cette distinction ne permet pas de déterminer les comportements sources de responsabilité contractuelle, ce qui la rend tout simplement inutile (3).

1. *Une existence débattue*

425. La pérennité de la distinction entre les obligations de moyens et les obligations de résultat a pu être interrogée, au regard de deux facteurs : d'une part, les fondements textuels sur lesquels était assise la distinction ont été modifiés ; d'autre part, la distinction n'a pas été consacrée par la réforme.

426. Initialement, la distinction a été élaborée pour résoudre l'apparente opposition entre les anciens articles 1137 et 1147 du Code civil¹⁵⁵⁴. Or, si le nouvel article 1231-1 du Code civil reprend mot pour mot l'ancien article 1147, l'article 1137, quant à lui, n'a pas été repris à l'identique par les nouveaux textes. Cette modification des fondements est-elle de nature à remettre en cause la distinction ? Il ne le semble pas, car le changement est plus formel que substantiel.

En effet, l'article 1137, dans sa version antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, énonçait : « *L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins raisonnables* ».

¹⁵⁵⁴ L'apparente contradiction entre ces deux textes prenait sa source dans le fait que l'article 1137 du Code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, donnait à penser que pour engager la responsabilité de son débiteur, un créancier devait prouver que ce dernier n'avait pas exécuté son obligation car il ne s'était pas comporté en personne raisonnable. Dans le même temps, l'article 1147 du Code civil, dans sa version en vigueur avant l'ordonnance du 10 février 2016, laissait lui entendre que pour engager la responsabilité de son débiteur, le créancier devait montrer que ce dernier s'était inexécuté. Dans ce cas, il appartenait alors au débiteur de se dégager en démontrant qu'il avait agi avec diligence et que s'il n'avait pas atteint le résultat promis, cela se justifiait par l'existence d'une cause étrangère. Aussi, ces textes semblaient prévoir deux régimes différents pour engager la responsabilité contractuelle. Dans le premier le créancier, pour engager la responsabilité de son débiteur, ne peut se contenter de montrer que celui-ci s'est inexécuté, il doit montrer que le débiteur n'a pas été diligent tandis que dans le second, il suffit que le créancier montre que le débiteur s'est inexécuté auquel cas le débiteur doit montrer que son inexécution est le fait d'une cause étrangère. C'est pour répondre à cette apparente contradiction que Demogue a proposé de répartir les obligations en obligations de moyen, celles qui imposent les diligences, et en obligation de résultat celle qui impose d'atteindre le résultat promis (pour une présentation en ce sens de l'apparente opposition entre les articles 1137 et 1147 du Code civil dans leurs rédactions antérieures à l'ordonnance du 10 février 2016, v° notam. Y. PICOD, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, v° Obligations, 2017, spé. n°77 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., spé. n°846, p.905 ; J.-C. SAINT-PAU, *Encyclopédie JurisClasseur Civil Code*, v° Fasc.11-10 : Droit à réparation, Conditions de la responsabilité contractuelle, 2013, spé. n94.

Le nouvel article 1197 du Code civil, qui est la transposition de ce texte¹⁵⁵⁵, dispose quant à lui : « *L'obligation de délivrer la chose emporte obligation de la conserver jusqu'à la délivrance, en y apportant tous les soins d'une personne raisonnable* ». Deux modifications peuvent donc être relevées.

D'abord, le nouveau texte vise « *les soins d'une personne raisonnable* » en lieu et place des « *soins raisonnables* ». Pour autant, le comportement attendu est le même. Que ce soit sous l'empire du droit antérieur à la réforme ou du droit issu de la réforme, le texte impose au débiteur d'une obligation de conservation de mettre en œuvre les moyens nécessaires à la conservation de la chose en y apportant tous les soins qu'y apporterait le standard de la personne raisonnable.

Ensuite, le nouveau texte évoque l'obligation de délivrer une chose, à laquelle il attache une obligation de conservation, alors que l'ancien texte visait directement l'obligation de veiller à la conservation d'une chose. Là encore, le changement n'est pas substantiel, et ne semble pas faire obstacle à l'extension du texte à d'autres situations que celles qu'il vise. De fait, alors que l'ancien article 1137 ne visait que l'obligation de veiller à la conservation de la chose, la jurisprudence n'a pas hésité à étendre le texte à d'autres obligations, telles celles portant sur des prestations intellectuelles¹⁵⁵⁶, le devoir d'apporter « *tous les soins raisonnables* » devenant un devoir de mettre tous les moyens en œuvre pour parvenir au résultat souhaité. Autrement dit, la qualification d'obligation de moyens a été appliquée non seulement à l'obligation de conservation, visée par l'ancien article 1137, mais encore à d'autres obligations non mentionnées par le texte. Il n'y a donc aucune raison que le nouvel article 1197 du Code civil, qui fait de l'obligation de conservation une obligation accessoire à l'obligation de délivrance, ne puisse être pareillement étendu par les juges à des obligations portant sur d'autres types de prestations, telles les prestations intellectuelles.

C'est d'ailleurs ce qui pousse la plupart des commentateurs de la réforme à considérer que la modification textuelle ne devrait pas avoir d'impact sur la pérennité de la distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat. En ce sens, Messieurs Latina et Chantepie estiment que le nouvel article 1197 du Code civil reprend la substance de l'ancien article 1137 du Code civil, de telle sorte que la distinction entre

¹⁵⁵⁵ C'est ce qui ressort de la table des articles 1100 à 1386-4 au JO du 11 février 2016 (ancienne/nouvelle référence).

¹⁵⁵⁶ En ce sens, v° F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, spé. n°848, p.907.

obligation de moyens et obligation de résultat « *survivra à la réforme du droit des obligations* »¹⁵⁵⁷. C'est aussi la position de Monsieur Mazeaud qui considère que les modifications apportées permettent encore à cette distinction de trouver à s'appliquer¹⁵⁵⁸. Les rejoignant, Monsieur Picod ne voit pas en quoi la modification qu'apporte le nouvel article 1197 « *empêchera la jurisprudence de s'y référer* »¹⁵⁵⁹ pour continuer à appliquer la distinction. Ce n'est donc pas tant la modification formelle des textes qui conduit à mettre en doute la pérennité de cette distinction, que son absence de consécration explicite par la réforme.

427. Il est vrai que l'absence de codification¹⁵⁶⁰ de la distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat interroge¹⁵⁶¹. En effet, le législateur a souhaité, pour l'essentiel, réformer à droit constant, notamment en codifiant des solutions jurisprudentielles acquises afin de rendre plus intelligible le droit français et de réduire l'importance des décisions prétoriennees comme « source » du droit des obligations. Dans cette perspective, le choix de ne pas consacrer la distinction entre les obligations de moyens et de résultat doit-il être interprété comme une volonté de l'abandonner, ou comme un simple oubli ? S'il s'agissait d'un oubli, il aurait pu être réparé à l'occasion de la réforme, à venir, du droit de la responsabilité civile. Or, l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile est tout aussi muet sur cette distinction que la réforme du droit des contrats.

Au vrai, le silence du législateur est parfaitement assumé. D'une part, la question de la consécration de cette distinction a nécessairement été examinée puisque l'avant-projet Catala proposait explicitement de l'intégrer dans le Code civil¹⁵⁶² ; ce n'est

¹⁵⁵⁷ C. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2018, 2^e édition, spé. n°678, p.627.

¹⁵⁵⁸ D. MAZEAUD, « Réforme du droit des contrats : que vont les règles jurisprudentielles non codifiées devenir », in *Liber amicorum, Mélanges en l'honneur de François Collart Dutilleul*, p.529, spé. p.534 ; adde P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz action 2018-2019, 11^e édition, spé. n°3123.32, p.1251.

¹⁵⁵⁹ Y. PICOD, *Répertoire de droit civil, Dalloz*, v° Obligations, 2017, spé. n°91.

¹⁵⁶⁰ En ce sens, v° L. ANDREU, N. THOMASSIN, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 3^e édition, 2018-2019, spé. n°822, p.308.

¹⁵⁶¹ Soulevant cette question, v° notam. P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz action, 11^e édition, 2018-2019, spé. n°3123.11, p.1250 ; D. MAZEAUD, « La distinction obligation de résultat - obligation de moyens : le saut dans le vide », *D.* 2017, p.198, spé. n°17 ; P. JOURDAIN, « Quel avenir pour la distinction des obligations de résultat et de moyens ? Libres propos », *JCP G*, 2016, p.909.

¹⁵⁶² Cet avant-projet comportait en effet un article 1149 disposant :

donc pas par l'effet d'un simple oubli que la Chancellerie a choisi de ne pas consacrer la distinction¹⁵⁶³. D'autre part, ce choix délibéré du législateur ressort également des propos tenus par le Ministre de la justice de l'époque, Monsieur Urvoas. Interrogé sur l'absence de mention de la distinction dans l'avant-projet de réforme, celui-ci a répondu : « *Les raisons de l'abandon de cette distinction demeurent les mêmes : cette distinction a conduit à l'élaboration d'une jurisprudence éminemment complexe et peu prévisible, en raison de l'imprécision et l'incertitude de ses critères, et de la création de catégories intermédiaires. En outre, cette distinction n'a pas un réel apport en termes de charge de la preuve : cette charge incombe toujours au créancier qui réclame l'exécution de son obligation, quelle que soit l'étendue de son obligation. Dans notre volonté de modernisation du droit, nous faisons le choix de ne consacrer dans les textes que ceux qui ont des contours clairement définis, et aisément applicables* »¹⁵⁶⁴. La clarté de cette réponse devrait donc inciter à considérer que l'absence de codification de la distinction implique la volonté du législateur d'y mettre un terme¹⁵⁶⁵. Elle devrait à tout le moins appeler à la prudence, quant à la question de la survie de cette distinction postérieurement à la réforme.

Cette question n'appelle d'ailleurs pas une position unanime de la part de la doctrine. Monsieur Jourdain, par exemple, considère que l'omission volontaire de cette distinction par le législateur « *ne signifie pas pour autant un abandon de la distinction par la jurisprudence* » et il estime que « *quelle que soit la volonté des rédacteurs des textes, il est fort à parier que les juges continueront à se référer, avec ou sans le support de la loi, à une distinction si fortement ancrée dans notre tradition juridique* »¹⁵⁶⁶. Madame Boucard rejoint sur ce point Monsieur Jourdain et considère que le silence du législateur n'est pas

« L'obligation est dite de résultat lorsque le débiteur est tenu, sauf cas de force majeure, de procurer au créancier la satisfaction promise, de telle sorte que, ce cas excepté, sa responsabilité est engagée du seul fait qu'il n'a pas réussi à atteindre le but fixé.

L'obligation est dite de moyens lorsque le débiteur est seulement tenu d'apporter les soins et diligences normalement nécessaires pour atteindre un certain but, de telle sorte que sa responsabilité est subordonnée à la preuve qu'il a manqué de prudence ou de diligence ».

¹⁵⁶³ En ce sens, v° P. JOURDAIN, « Quel avenir pour la distinction des obligations de résultat et de moyens ? Libres propos », *JCP G*, 2016, p.909 : « *Ne peut-on pas penser (...) que si, à l'occasion d'une réforme du droit des contrats, le Gouvernement avait voulu conserver la distinction, il n'aurait pas manqué de l'exprimer ? Il aurait alors pu s'inspirer de l'avant-projet Catala qui, à la différence du projet du groupe Terré, l'avait formellement transcrite [...] ?* ».

¹⁵⁶⁴ Entretien avec J.-J. Urvoas, *Revue Lamy Droit civil*, juin 2016, n°138.

¹⁵⁶⁵ Pour Messieurs Terré, Simler, Lequette et Chenedé, il est très clair que « *Dans l'esprit de la chancellerie, ce silence vaut abandon* » (F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, spé. n°858, p.925).

¹⁵⁶⁶ P. JOURDAIN, Quel avenir pour la distinction des obligations de résultat et de moyens ? Libres propos, *JCP G*, 2016, p.909.

« “éloquent” car l’absence de support textuel n’est pas dirimante »¹⁵⁶⁷. Plus mitigé, Monsieur Mazeaud considère que le silence du législateur invite à penser deux scénarios : l’un dans lequel la distinction serait « *officiellement et autoritairement supprimée* » ; l’autre dans lequel elle serait maintenue¹⁵⁶⁸. Penchant plutôt en défaveur d’un maintien de cette distinction dont il critique « *le bien-fondé* » et « *l’utilisation déraisonnable qui en a été faite* », Monsieur Le Tourneau, quant à lui, se réjouit de ce qu’elle n’ait pas été consacrée par la réforme, « *à tel point que l’on pourrait se demander si elle est encore, en tant que telle, de droit positif* »¹⁵⁶⁹. Il invite, à tout le moins, à « *lui rendre la place, modeste, qu’elle doit jouer s’il paraissait utile de [la] conserver* »¹⁵⁷⁰.

On le voit, la pérennité de la distinction entre les obligations de moyens et de résultat à l’issue de la réforme est débattue. Cela étant, à supposer même que la jurisprudence continue à y recourir, l’opportunité de son application en matière arbitrale peut être mise en doute, notamment à raison de la complexité de sa mise en œuvre.

2. *Une mise en œuvre complexe*

428. Au premier abord, la distinction entre les obligations de moyens et de résultat est séduisante, en ce qu’elle présente les obligations suivant une répartition duale qui semble des plus simples à maîtriser. À l’usage, cependant, sa mise en œuvre s’est avérée complexe¹⁵⁷¹, notamment à raison des catégories intermédiaires qui ont été dégagées. Ainsi, les obligations de moyens peuvent être simples ou renforcées, tout comme les obligations de résultat. Il existe donc une subdivision au sein de chacune des

¹⁵⁶⁷ H. BOUCARD, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, v° Responsabilité contractuelle, 2018, spé. n°321.

¹⁵⁶⁸ D. MAZEAUD, « La distinction obligation de résultat - obligation de moyens : le saut dans le vide », *D.*, 2017, p.198, spé. n°18.

¹⁵⁶⁹ P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d’indemnisation*, Dalloz action, 11^e édition, 2018-2019, spé. n°3123.11.

¹⁵⁷⁰ *Ibid.*

¹⁵⁷¹ Elle a même pu parfois s’avérer embarrassante pour les dommages corporels. Tel est le cas quand la distinction conduit à compliquer l’indemnisation des victimes alors même que l’obligation contractuelle a été dégagée par les juges, par la technique du forçage du contrat, dans le but même de faciliter l’indemnisation des victimes. C’est le cas en matière d’obligation de sécurité. Dès lors que l’obligation de sécurité est de moyen, l’indemnisation de la victime est rendue compliquée par la qualification de l’obligation qui conduit à faire supporter par la victime un fardeau probatoire. Dans ces hypothèses, on peut contester que l’indemnisation soit facilitée (pour une présentation en ce sens du caractère embarrassant de la distinction obligation de moyens obligation de résultat, v° M. MEKKI, « La distinction entre les obligations de moyens et de résultat : esquisse d’un art » *RDA*, 2013, p.77, spé. p. 81).

catégories, qui n'est pas pour simplifier leur utilisation. Dénonçant ces difficultés de manière imagée, Monsieur Le Tourneau a pu énoncer que « *les degrés qui ont été aménagés dans les deux types sont devenus si nombreux et si subtils qu'ils évoquent plus l'image des querelles byzantines que celle de l'ordonnance d'un palais classique* »¹⁵⁷². Trois difficultés, essentiellement, peuvent entraver la mise en œuvre de cette distinction.

D'abord, certains auteurs ont relevé que la distinction entre les obligations de moyens et de résultat est incomplète, en ce qu'elle ne permet pas d'embrasser toutes les obligations contractuelles. Dès lors, si certaines obligations ne sont ni de moyens, ni de résultat¹⁵⁷³, le recours à cette distinction ne sera d'aucune aide pour identifier les manquements contractuels en présence d'obligations qui échappent à la classification. Selon Madame Boucard, l'existence même de sous-catégories démontre ce caractère incomplet de la distinction¹⁵⁷⁴. Même Monsieur Picod¹⁵⁷⁵, ou Messieurs Flour, Aubert et Savaux¹⁵⁷⁶, qui défendent pourtant cette distinction, reconnaissent qu'elle ne permet pas en tant que telle de traiter de l'ensemble des situations, ce qui a rendu nécessaire l'apparition de sous-catégories pour l'affiner. Or, à supposer que les catégories intermédiaires que sont les obligations de moyens allégées ou renforcées et les obligations de résultat atténuées ou renforcées, enrichissent¹⁵⁷⁷ suffisamment la classification pour lui permettre d'englober toutes les obligations contractuelles, la mise en œuvre de ces qualifications n'en est pas pour autant facilitée.

En effet, ensuite, l'utilisation de la classification suppose le recours à des critères de qualification, pour déterminer si telle obligation est de moyens ou de

¹⁵⁷² P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz action, 11^e édition, 2018-2019, spé. n°3123.111.

¹⁵⁷³ Ce serait le cas de la garantie (H. BOUCARD, *Droit civil, Responsabilité contractuelle, op. cit.*, spé. n°318, p.172).

¹⁵⁷⁴ Pour Madame Boucard, la distinction entre obligation de moyens et de résultat n'est pas une dichotomie car elle n'est pas en mesure d'appréhender toutes les obligations contractuelles (H. BOUCARD, *Répertoire de droit civil, Dalloz, v° Responsabilité contractuelle*, 2018, spé. n°318 ; H. BOUCARD, *Droit civil, Responsabilité contractuelle, op. cit.*, spé. n°318, p.172) ; en ce sens également, v° F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, spé. n°853, p.913.

¹⁵⁷⁵ Y. PICOD, *Répertoire de droit civil, Dalloz, v° Obligations*, 2017, spé. n°86.

¹⁵⁷⁶ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil Les obligations : Tome 3 Le rapport d'obligation, op. cit.*, spé. n°211, p.207.

¹⁵⁷⁷ A ce sujet aussi, Messieurs Flour, Aubert et Savaux se montrent circonspects et n'hésitent pas à souligner : « On peut assurément, compléter la distinction originare par des catégories intermédiaires – obligation de moyens, allégée ; obligations de moyens renforcée ; obligation de résultat atténuée ; obligation de résultat aggravée Mais les qualificatifs risquent de manquer rapidement et les catégories de se recouper... » (J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil Les obligations : Tome 3 Le rapport d'obligation, op. cit.*, spé. n°211, p.207, n°5). En soulignant que les qualificatifs risquent de manquer, ces auteurs laissent entendre que les sous-catégories dégagées peuvent ne pas être suffisantes et que la classification n'a pas fini de se développer au gré d'obligations qui pourraient ne pas trouver leur place dans les qualifications qui sont pour l'heure proposées.

résultat. Cette opération de qualification, qui n'est pas en soi une chose aisée¹⁵⁷⁸, est rendue d'autant plus difficile par l'adjonction de nouvelles catégories. Plus les catégories se multiplient, plus nombreux sont les critères de qualification nécessaires. L'opération de qualification se décompose alors en deux étapes, puisqu'il faut non seulement déterminer si telle obligation est de moyens ou de résultat, mais aussi, dans un second temps, déterminer si, de moyens, elle est simple ou renforcée ou, de résultat, elle est simple ou atténuée¹⁵⁷⁹. Or, si les critères de distinction entre les obligations de moyens et de résultat sont malaisés à identifier, il en va *a fortiori* ainsi des critères permettant d'identifier les obligations intermédiaires.

Enfin, la multiplication des catégories d'obligations complique l'identification de leur régime. En effet, traditionnellement, la différence de régime entre l'obligation de moyens et l'obligation de résultat tient aux causes d'exonération offertes au débiteur : le débiteur d'une obligation de moyens peut s'exonérer de sa responsabilité en démontrant son absence de faute ou un cas fortuit, tandis que le débiteur d'une obligation de résultat ne peut s'exonérer que par la démonstration d'un cas fortuit. L'ajout d'obligations intermédiaires vient perturber ces principes, en limitant la possibilité de s'exonérer pour le débiteur d'une obligation de moyens renforcée au seul cas fortuit et en offrant au débiteur d'une obligation de résultat atténuée la possibilité de s'exonérer en démontrant son absence de faute. Autrement dit, en termes de régime, l'obligation de moyens renforcée se calque sur l'obligation de résultat simple, tandis que l'obligation de résultat atténuée se calque sur l'obligation de moyens simple. La

¹⁵⁷⁸ Pour déterminer la nature d'une obligation comme étant de moyens ou de résultat, plusieurs critères peuvent être utilisés, tel le caractère aléatoire ou non du résultat recherché, ou encore le rôle joué dans l'exécution de l'obligation. Parfois même, on mettra en œuvre de manière combinée ces deux indices (pour une présentation en ce sens des critères permettant de qualifier une obligation de moyen ou de résultat, v° J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil Les obligations : Tome 3 Le rapport d'obligation, op. cit.*, spé. n°212, p.208-209). Messieurs Flour, Aubert et Savaux, qui sont pourtant plutôt favorables au recours à cette classification des obligations, reconnaissent eux-mêmes qu'« il n'y a pas de critère certain, et encore moins de critère unique de la distinction » (J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil Les obligations : Tome 3 Le rapport d'obligation, op. cit.*, spé. n°212, p.208). Cette position est aussi celle d'un autre défenseur de la distinction entre les obligations de moyens et de résultat, Monsieur Mekki. Ce dernier considère qu'en l'état, la multitude de critères, dont on ne peut exactement déterminer quand ils doivent être mobilisés, induit un affaiblissement de la distinction et une perte de cohérence (M. MEKKI, « La distinction entre les obligations de moyens et de résultat : esquisse d'un art », *RDA*, 2013, p.77, spé. p.81).

¹⁵⁷⁹ Au sujet de l'obligation de moyens renforcée, Monsieur Vial a pu énoncer : « Sujet d'interminables débats, l'obligation de moyens encourt un double reproche : celui de l'imprécision des critères la distinguant de l'obligation de résultat, d'une part, et celui de l'incertitude pesant sur son intensité, d'autre part » (J.-P. VIAL, « Accident de quad. L'obligation de moyens n'a pas fini de faire couler de l'encre ! », *Gazette du palais*, 2020, p.17).

distinction de régime entre les obligations de moyens et les obligations de résultat s'en trouve immanquablement brouillée.

429. Ce flou¹⁵⁸⁰, lié à l'existence de catégories intermédiaires et à la difficulté d'identifier des critères de qualification pour chaque type d'obligation, a pu s'illustrer en matière de responsabilité de l'arbitre contractant.

En 2005, la Cour de cassation a énoncé qu'en « *en laissant expirer le délai d'arbitrage sans demander sa prorogation au juge d'appui, à défaut d'accord des parties ou faute pour celles-ci de la solliciter, les arbitres, tenus à cet égard d'une obligation de résultat, ont commis une faute ayant entraîné l'annulation de la sentence, et ont engagé leur responsabilité* »¹⁵⁸¹. Il est donc très clairement affirmé que l'obligation de solliciter une prorogation de délai est une obligation de résultat. Or, cette position n'était pas évidente ; certains auteurs ont proposé d'autres qualifications. Par exemple, pour Messieurs Fadlallah et Hascher, puisque « *le respect des délais ne dépend pas que de l'arbitre, mais aussi des parties, la plus diligente d'entre elles ayant toujours la possibilité de saisir le juge d'appui pour demander une prorogation* »¹⁵⁸², il faudrait plutôt considérer que l'obligation de demander la prorogation des délais est une obligation de moyens renforcée. Monsieur Loquin, quant à lui, souligne que la qualification d'obligation de résultat retenue par la Cour de cassation vient à l'encontre de positions doctrinales¹⁵⁸³, telle que celle soutenue par Monsieur Clay, suivant lequel « *même si l'arbitre est tenu de garantir que les délais seront respectés, les litigants et les coarbitres jouent un rôle actif dans le déroulement de l'instance, et peuvent toujours, intentionnellement ou non, ralentir le procès arbitral. Par conséquent, l'obligation de l'arbitre de faire en sorte que l'instance arbitrale ne dépasse pas les délais fixés ne saurait être interprétée autrement que comme une obligation de moyens* »¹⁵⁸⁴. L'existence même de ces débats suffit à illustrer les incertitudes qui entourent le recours à la distinction entre les obligations de moyens et de résultat : faute de critères clairs, le rattachement à l'une ou l'autre catégorie ne s'opère pas aisément.

¹⁵⁸⁰ Monsieur Clay lui reproche d'être trop « vague » (T. CLAY, *L'arbitre*, Dalloz, 2001, spé. n°769, p.593).

¹⁵⁸¹ Civ. 1^e, 6 décembre 2005, n°03-13.116, *Bull I*, n°462.

¹⁵⁸² I. FADLALLAH, D. HASCHER, *Les grandes décisions du droit de l'arbitrage commercial*, Dalloz, 1^e édition, 2019, spé. n°37, p.192.

¹⁵⁸³ E. LOQUIN, « La responsabilité civile des arbitres en cas de dépassement du délai de l'arbitrage », *RTD Com.*, 2006, p.299.

¹⁵⁸⁴ T. CLAY, *L'arbitre*, *op. cit.*, spé. n°794, p.613.

Ajoutant à l'incertitude, la Cour de cassation a jugé en 2010, au sujet de l'obligation des arbitres de statuer dans un délai raisonnable, que les arbitres ne sont tenus à cet égard « *que d'une obligation de moyens* »¹⁵⁸⁵. Dans le même sens, la cour d'appel de Paris a estimé, en 2015, que l'obligation faite à l'arbitre de respecter les délais de l'arbitrage est une obligation de moyens¹⁵⁸⁶. Elle a ainsi énoncé que « *tenus, dans la conduite de l'instance arbitrale, d'une obligation de moyens, ils ont engagé leur responsabilité en ne prenant pas les initiatives qui leur incombaient* », avant de relever que l'attitude dilatoire d'une partie n'est « *pas de nature à interdire aux arbitres de veiller au respect des délais de reddition de leur sentence et, en cas d'impossibilité matérielle pour eux de les respecter, (...) de solliciter eux-mêmes, du juge d'appui une prorogation, en l'absence de diligences des parties à cet effet* ». Il ressort de ces deux décisions que l'obligation de respecter les délais de l'arbitrage ou le délai raisonnable serait une simple obligation de moyens, et non pas une obligation de résultat comme il semblerait que cela ait été jugé par la Cour de cassation en 2005¹⁵⁸⁷. Cette divergence de solutions illustre la difficulté de mettre en œuvre la distinction entre les obligations de moyens et de résultat, ainsi que les limites de cette classification¹⁵⁸⁸.

Il n'est, certes, pas impossible de rechercher une certaine cohérence dans ces différentes décisions. S'attelant à cette tâche, Monsieur Clay¹⁵⁸⁹, appuyé par Monsieur Henry¹⁵⁹⁰, estime qu'il n'existe pas véritablement d'opposition entre les décisions susmentionnées. Pour ces auteurs, l'arbitre serait tenu d'une obligation de moyens consistant à respecter les délais de l'arbitrage, mais d'une obligation de résultat lorsqu'il s'agit de solliciter une prorogation du délai. Le respect des délais de l'arbitrage se décomposerait donc en deux obligations distinctes, l'une de moyens (statuer dans le délai imparti), l'autre de résultat (solliciter une prorogation). Cette interprétation, porteuse de cohérence, n'en est pas moins source de difficulté, en ce qu'elle soumet le

¹⁵⁸⁵ Civ. 1^e, 17 novembre 2010, n°09-12.352, *Bull I*, n°223.

¹⁵⁸⁶ CA Paris, 31 mars 2015, n°14-05436.

¹⁵⁸⁷ Civ. 1^e, 6 décembre 2005, n°03-13.116, *Bull I*, n°462.

¹⁵⁸⁸ En ce sens, J.-S. BORGHETTI, note sous Civ. 1^e, 15 janvier 2014 *M. S. Azran c/ M. E. Schirer et autres* et CA Paris, 31 mars 2015, *Banque Delubac & Cie c/ M. A. Bouanha et autres*, *Rev. arb.*, 2016, p.505, spé. n°25, p. 517.

¹⁵⁸⁹ T. CLAY, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », *D.*, 2006, p.3026.

¹⁵⁹⁰ M. HENRY, « La responsabilité de l'arbitre pour reddition de sentence tardive », *Les cahiers de l'arbitrage*, 2015, p.313, spé. n°38.

respect des délais à deux obligations de nature différente. Monsieur Jarrosson a relevé cette difficulté, appelant à ce qu'il y soit mis fin¹⁵⁹¹.

En tout état de cause, cette obligation de respecter les délais illustre toute la difficulté de recourir à la distinction entre les obligations de moyens et de résultat. Elle démontre, d'abord, que cette distinction apporte une certaine insécurité du fait de l'absence de certitude quant au rattachement d'une obligation à l'une ou l'autre des catégories. En outre, elle donne à voir des difficultés d'application. Outre la complexité de sa mise en œuvre, elle présente un dernier écueil, qui est certainement le plus rédhibitoire : elle ne permet pas de déterminer les comportements attendus de l'arbitre¹⁵⁹², donc d'identifier les manquements qui peuvent lui être reprochés. En cela, elle s'avère tout simplement inutile.

3. *Une technique inutile*

430. L'objet de la distinction entre les obligations de moyens et de résultat n'est pas de déterminer ce à quoi s'oblige le débiteur d'une obligation. Il ne s'agit pas d'identifier précisément les comportements qui sont attendus du débiteur d'une obligation donnée. D'ailleurs, la notion d'obligation de moyens ou de résultat ne renvoie jamais à une obligation autonome ; elle ne permet pas de savoir ce à quoi le débiteur s'est obligé. En ce sens, Monsieur Rémy a énoncé très clairement : « *Le vrai est qu'on ne doit jamais ni des moyens, ni un résultat : on doit ce qui est in obligatione* »¹⁵⁹³.

En réalité, la classification a seulement pour objet de déterminer l'intensité avec laquelle l'objectif contractuel doit être poursuivi : le débiteur devra, selon les cas, atteindre un résultat ou mettre tous les moyens en œuvre pour l'atteindre. Ainsi que le souligne Monsieur Stoffel-Munck, les obligations de moyens « *renvoient au degré de diligence avec lequel le débiteur doit accomplir la prestation promise* »¹⁵⁹⁴. C'est alors un rôle essentiellement probatoire que joue la distinction : elle pose une présomption de faute qui joue à l'encontre du débiteur d'une obligation de résultat et, à l'inverse, laisse

¹⁵⁹¹ C. JARROSSON, note sous Civ. 1^e, 17 novembre 2010, *CNCA-CEC et Charasse c/ B*, n°09-12.352, , *Rev. arb.*, 2011, p.945.

¹⁵⁹² En ce sens, v° L. JANDARD, La relation entre l'arbitre et les parties, critique du contrat d'arbitre, *op. cit.*, spé. n°330, p.343.

¹⁵⁹³ P. REMY, « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », *RTD Civ.*, 1997, p. 323, spé. n°25.

¹⁵⁹⁴ P. STOFFEL-MUNCK, « Les sources des obligations », F. TERRE (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz 2009, p.67, spé. p.69.

au créancier d'une obligation de moyens la charge de rapporter la preuve du manquement contractuel. Plusieurs auteurs soulignent cette fonction probatoire, en énonçant que « *la qualification d'obligation de moyen ou de résultat renvoie à une question de preuve pour le bénéficiaire* »¹⁵⁹⁵ ou encore qu'elle « *commande le régime de la responsabilité contractuelle, relativement à la preuve de la faute du débiteur* »¹⁵⁹⁶. Monsieur Le Tourneau, quant à lui, met l'accent sur son intérêt exclusivement probatoire : « *La distinction présente un certain intérêt (ou plutôt le présentait à l'origine, lorsqu'elle n'avait pas été déviée). Mais ce rôle se borne à déterminer le contenu de la preuve de l'inexécution du contrat lors de la mise en jeu du régime de la défaillance contractuelle, ou de tout autre mécanisme correcteur (telle l'exception d'inexécution). Elle ne peut pas prétendre à plus* »¹⁵⁹⁷.

431. Ces limites inhérentes à la classification envisagée la rendent inutile dans la démarche qui consiste à identifier les manquements de nature à engager la responsabilité contractuelle de l'arbitre¹⁵⁹⁸. En effet, déterminer si l'arbitre est tenu d'aboutir à un résultat ou de mettre tous les moyens en œuvre pour y parvenir ne permet pas de savoir quels comportements constituent un manquement à ses obligations. L'identification des manquements contractuels suppose en réalité de déterminer précisément les comportements qui sont attendus de l'arbitre, pour chacune des obligations contractuelles qu'il assume. En ce sens, Monsieur Borghetti a pu affirmer que « *le problème n'est (...) pas de savoir si l'arbitre est tenu d'une obligation de moyens ou de résultat en ce qui concerne le respect du délai d'arbitrage, mais de déterminer quelles sont les mesures concrètes qu'il est tenu de prendre, dans un cas donné, pour exécuter correctement son obligation de résultat* »¹⁵⁹⁹.

En réalité, la distinction entre les obligations de moyens et de résultat crée une fausse impression de simplicité en laissant croire qu'il suffit de qualifier l'obligation de

¹⁵⁹⁵ R. DALMAU, « Obligation de moyens et obligation de résultat dans la lettre d'intention », *Bulletin Joly Sociétés*, 2020, p.13.

¹⁵⁹⁶ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, spé. n°846, p.905.

¹⁵⁹⁷ P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz action, 11^e édition, 2018-2019, spé. n°3123.83.

¹⁵⁹⁸ En ce sens, v° L. JANDARD, La relation entre l'arbitre et les parties, critique du contrat d'arbitre, Thèse dactylographiée, spé. n°330, p.343, considérant que « la distinction entre les obligations de moyens et de résultat n'apparaît pas pleinement adaptée aux obligations de l'arbitre ». Adde T. CLAY, *L'arbitre, op. cit.*, spé. n°769, p.593, qui a choisi de traiter des obligations de l'arbitre sans recourir à cette distinction, afin de proposer « une présentation plus conforme à l'objet même du contrat d'arbitre ».

¹⁵⁹⁹ J.-S. BORGHETTI, note sous Civ. 1^e, 15 janvier 2014 *M. S. Azran c/ M. E. Schirer et autres* et CA Paris, 31 mars 2015, *Banque Delubac & Cie c/ M. A. Bouanha et autres*, *Rev. arb.*, 2016, p.505, spé. n°28, p. 518.

l'arbitre de moyens ou de résultat pour caractériser le fait générateur de responsabilité¹⁶⁰⁰. Or, elle ne dit rien des moyens qui doivent être mis en œuvre pour organiser matériellement l'instance, aider à la constitution du tribunal ou respecter les délais de l'arbitrage. Au vrai, ces comportements que l'arbitre doit adopter pour remplir ses obligations ne peuvent être identifiés que par une approche casuistique, précisant obligation par obligation ce qui peut raisonnablement être attendu d'un débiteur diligent. Par suite, la distinction entre les obligations de moyens et de résultat s'en trouvera naturellement dépourvue d'intérêt : pour démontrer le manquement contractuel, il ne sera pas nécessaire de prouver que l'arbitre n'a pas mis tous les moyens en œuvre ou que le résultat promis n'a pas été atteint, mais simplement qu'il n'a pas adopté le comportement qui était attendu de lui dans le cadre de l'exécution de ses obligations.

Une telle démarche ne permettra que mieux d'identifier le fait générateur de la responsabilité contractuelle de l'arbitre, sans passer par le biais d'une classification dont la mise en œuvre est non seulement complexe, mais aussi impropre à cerner précisément le manquement contractuel reproché. C'est donc cette approche casuistique qu'il convient à présent de mener.

§2) L'identification des manquements contractuels de l'arbitre : l'adoption d'une approche casuistique

La classification des obligations de l'arbitre que nous avons proposée, à l'aide du critère de la comparaison avec le juge, nous a conduit à identifier cinq obligations de nature contractuelle pesant sur l'arbitre : l'obligation de participer à la constitution du tribunal arbitral (A), d'organiser matériellement l'instance (B), de respecter les délais de l'arbitrage (C), ainsi que les obligations de révélation (D) et de confidentialité (E). Elles seront envisagées successivement, afin de déterminer les comportements qui peuvent être attendus de l'arbitre et, en creux, les manquements qui peuvent lui être reprochés.

A) Les manquements à l'obligation de participer à la constitution du tribunal arbitral

¹⁶⁰⁰ V° par ex. Y. PICOD, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, v° Obligations, 2017, qui se montre favorable à cette distinction en considérant qu'elle permet de prévoir facilement les conditions de mise en jeu de la responsabilité.

432. Pour que le procès arbitral se tienne, toutes les fois où le tribunal n'est pas composé que d'un arbitre unique, il faut une pluralité d'arbitres. Dans ces situations, les arbitres peuvent être tenus de participer à la constitution du tribunal arbitral¹⁶⁰¹. C'est alors en qualité de contractants qu'ils agissent, avant la tenue du procès arbitral. Lorsqu'ils assument cette obligation, quels sont les comportements que l'on peut attendre d'eux, et dont la méconnaissance serait susceptible de caractériser un manquement contractuel ? Cette question ne pose difficulté, à l'évidence, que lorsque les parties n'ont pas indiqué précisément dans leur contrat les diligences attendues de la part des arbitres. En effet, lorsqu'elles ont exprimé leur volonté et imposé aux arbitres un comportement très spécifique à adopter, il suffira de se fier aux clauses contractuelles pour identifier un éventuel manquement. Ce sont donc les cas dans lesquels rien n'est prévu par le contrat d'arbitre qui nécessitent de s'interroger sur ce qu'implique l'obligation de participer à la constitution du tribunal arbitral.

433. À cet égard, il nous semble que la participation à la constitution du tribunal arbitral, qui a pour finalité d'aboutir à la nomination du président du tribunal arbitral, implique deux comportements distincts, l'un positif, l'autre négatif.

Positivement, l'arbitre devra rechercher des personnes susceptibles d'être désignées pour compléter la formation du tribunal. On peut alors attendre de lui qu'il recherche des profils correspondant à l'arbitrage prévu, en s'assurant que les candidats potentiels soient compétents dans les domaines faisant l'objet du contentieux arbitral.

Négativement, on peut attendre de l'arbitre qu'il ne bloque pas le processus de constitution du tribunal de manière injustifiée, autrement dit, qu'il ne s'oppose pas sans raison aux propositions qui seront faites¹⁶⁰². Son opposition éventuelle à la nomination d'un candidat devra donc être justifiée par des critères objectifs.

¹⁶⁰¹ Cela ne sera pas forcément le cas. Par exemple, dans les arbitrages CCI, c'est la Cour qui nomme le troisième arbitre, conformément à l'article 12 de son règlement, dans sa version du 1^{er} mars 2017. L'arbitre ne sera alors pas tenu de participer à la constitution du tribunal, sauf à ce que son avis soit sollicité. En ce sens, le règlement arbitrage CMAP prévoit en son article 12 que la nomination s'opère par la Commission d'arbitrage du CMAP sur proposition des parties ou des arbitres. Dans un tel cas, l'arbitre sera tenu de participer à la constitution du tribunal, même s'il n'a pas le dernier mot sur la désignation de l'arbitre.

¹⁶⁰² Pour une vision en ce sens du comportement qu'induit l'obligation de participer à la constitution du tribunal arbitral, v° T. CLAY, *L'arbitre, op. cit.*, spé. n°768, p.603.

434. Pourraient ainsi être considérés comme des manquements de l'arbitre à son obligation de participer à la constitution du tribunal arbitral le fait de s'opposer sans raison objectivement valable à la nomination du troisième arbitre et le fait de s'abstenir de toute recherche en vue de proposer des candidats. En pratique, cette abstention se traduira généralement par une absence de proposition faite par l'arbitre. Toutefois, ce n'est pas le fait de ne pas proposer de nom qui devrait être sanctionné, mais bien celui de ne pas avoir mené les recherches nécessaires. Dès lors, d'un point de vue probatoire, l'arbitre qui se voit reprocher de n'avoir proposé personne pour constituer le troisième membre du tribunal pourra démontrer qu'il n'a pas commis de faute en rapportant la preuve qu'il a procédé à des recherches demeurées infructueuses. Autrement dit, le fait de ne pas parvenir à suggérer un nom ne sera pas, en soi, constitutif d'un manquement, pourvu que l'arbitre ait procédé aux recherches requises.

En outre, le fait de formuler une proposition qui n'aboutisse pas à une désignation effective du troisième arbitre ne devrait pas non plus pouvoir être imputé à l'arbitre. En effet, on ne peut raisonnablement exiger de l'arbitre débiteur qu'il s'assure de l'accord des personnes qu'il propose ; cela reviendrait à le tenir pour garant d'une acceptation qui dépend de paramètres beaucoup trop variés pour que l'arbitre puisse en assumer la charge. De fait, il existe une multitude de raisons pour lesquelles une personne pourrait refuser de participer à un tribunal arbitral : manque de disponibilité pour statuer dans les délais impartis, défaut de maîtrise de la langue de l'arbitrage, dépendance ou partialité à l'égard de l'une des parties... Bien souvent, ces éléments ne sont pas encore connus au stade de la constitution du tribunal arbitral, ou bien sont soumis à la confidentialité, empêchant ainsi l'arbitre de s'assurer que le candidat soit effectivement en mesure d'assumer le rôle qui lui sera proposé.

Enfin, le fait de proposer un arbitre qui s'avère finalement ne pas présenter toutes les qualités requises ne devrait pas caractériser un manquement de l'arbitre à son obligation de participer à la constitution du tribunal. Il n'est pas souhaitable que l'arbitre ait à répondre des qualités de la personne dont il suggère le nom, ou de son aptitude à mener à bien la mission qui lui serait confiée. Cela impliquerait une tâche bien trop lourde à la charge de l'arbitre, qui devrait alors mener des investigations extrêmement poussées dépassant largement le seul cadre de la recherche du domaine de spécialisation des candidats. La contrainte qu'impliquerait une telle obligation serait de nature à décourager tout arbitre d'accepter de participer à la constitution du tribunal.

Il semble donc plus raisonnable de n'exiger, au titre de l'obligation de participer à la constitution du tribunal arbitral, que les diligences consistant à rechercher des candidats potentiels (volet positif) et l'absence d'obstruction injustifiée en réaction aux propositions soumises (volet négatif). Ne seraient donc pas, en soi, constitutifs de manquements le fait de ne pas suggérer de nom, ou de proposer des personnes qui n'accepteront pas de constituer le tribunal ou qui ne présentent pas toutes les qualités requises.

Voyons à présent ce qu'il en est pour l'obligation d'organiser matériellement l'instance.

B) Les manquements à l'obligation d'organiser matériellement l'instance

435. Pour que le procès arbitral se tienne, il est nécessaire que celui-ci soit organisé matériellement. Lorsque cette tâche n'est pas assurée par une institution arbitrale ou par les parties elles-mêmes, ce qui se produira le plus souvent en pratique, elle peut, plus rarement, être mise conventionnellement à la charge de l'arbitre, surtout dans les arbitrages *ad hoc*¹⁶⁰³. L'arbitre assumera alors une obligation, de nature contractuelle¹⁶⁰⁴, d'organiser matériellement l'instance. Là encore, le contenu de cette obligation est éminemment variable et dépendant des tâches que les parties ont pu lui confier. En l'absence de précisions particulières dans le contrat d'arbitre, quels comportements peuvent être attendus de l'arbitre au titre de cette organisation matérielle ?

436. L'obligation d'organiser matériellement l'instance a pour finalité d'assurer le déroulement de l'instance dans des conditions matérielles favorables. Elle devrait donc impliquer de l'arbitre qu'il prenne toutes les mesures permettant au procès arbitral de se dérouler de manière satisfaisante. Cela suppose que le procès puisse se tenir dans le respect des particularités qu'impose la justice arbitrale. Concrètement, ces conditions matérielles dont l'arbitre doit s'assurer pourraient être identifiées à travers trois séries d'éléments.

¹⁶⁰³ Sur ce point, v° *supra*, partie 1.

¹⁶⁰⁴ Sur la nature contractuelle de cette obligation, v° *supra*, partie 1.

En premier lieu, les moyens matériels nécessaires à la tenue de l'instance désignent les locaux de l'arbitrage. En effet, à l'évidence, il est indispensable que l'instance puisse se dérouler dans un lieu permettant d'accueillir le tribunal arbitral, les parties et les divers acteurs du procès qui pourraient être conviés aux audiences. Il reviendra donc à l'arbitre de procéder à la réservation de locaux appelés à accueillir l'instance et de s'assurer de leur disponibilité pour l'ensemble des audiences prévues. En outre, pour tenir compte de la spécificité de l'instance arbitrale qui est, en principe, confidentielle, à l'inverse de la justice étatique¹⁶⁰⁵, il peut raisonnablement être attendu de l'arbitre qu'il choisisse des locaux permettant le respect de la confidentialité.

En deuxième lieu, les conditions matérielles peuvent s'entendre des moyens techniques nécessaires à la bonne tenue de l'instance arbitrale. Il reviendra alors à l'arbitre de s'assurer de la mise à disposition des outils, notamment informatiques, qui pourraient s'avérer nécessaires au déroulement de l'instance (matériel de projection de documents, de visioconférence en cas de nécessité de faire intervenir un acteur qui ne peut pas être physiquement présent à l'audience, etc.).

En troisième lieu, il est possible que des moyens humains s'avèrent nécessaires à la bonne tenue de l'instance. On pense par exemple à l'hypothèse dans laquelle la langue de l'arbitrage ne serait pas celle de l'ensemble des acteurs du procès, auquel cas il pourra être nécessaire de recourir à un traducteur. Il appartiendra alors à l'arbitre d'organiser la venue d'un tel auxiliaire et de prévoir les moyens nécessaires à la réalisation de sa mission.

437. Pour l'ensemble de ces tâches, il convient de préciser que l'arbitre, qui se les voit confier conventionnellement, pourrait tout à fait¹⁶⁰⁶ en déléguer l'exécution à un

¹⁶⁰⁵ Il y a toutefois dans la justice étatique des hypothèses de procès à huis clos qui ne sont donc pas publics. A l'inverse, on peut imaginer que certaines audiences arbitrales soient publiques, surtout dans les arbitrages CIRDI, dans lesquels la confidentialité n'est pas exigée comme elle peut l'être pour les arbitrages commerciaux.

¹⁶⁰⁶ Certains, comme Monsieur Lalive (P. LALIVE, « Avantages et inconvénients de l'arbitrage « ad hoc » », in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p.301, spé. p.311) et Monsieur Clay (T. CLAY, *L'arbitre*, op. cit., spé. n°420-426, p.354-359) considèrent que le recours au secrétaire arbitral est une excellente solution. Pour Monsieur Lalive, reprenant les propos d'un praticien américain (P. LALIVE, « Avantages et inconvénients de l'arbitrage « ad hoc » », in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p.301, spé. p.311), le recours à un secrétaire arbitral serait une solution idéale notamment au regard de son faible coût, en comparaison avec le coût des institutions arbitrales, et de la rapidité qu'elle offre. Monsieur Clay ajoute que ce passage constituerait « la seule réelle école de formation pratique à l'arbitrage » (T. CLAY, *L'arbitre*, op. cit., spé. n°426, p.359).

tiers, tel qu'un secrétaire arbitral¹⁶⁰⁷. Si les parties ne lui imposent pas d'exécuter personnellement cette tâche, rien ne devrait s'opposer à ce qu'elle soit confiée à un tiers, dont l'arbitre répondra. Dans le silence des textes du Code civil, la jurisprudence admet en effet qu'un débiteur contractuel puisse introduire des tiers dans l'exécution du contrat, sauf *intuitu personae* l'obligeant à exécuter ses obligations en personne¹⁶⁰⁸. Or, si le contrat d'arbitre revêt, par hypothèse, un fort *intuitu personae*, cette dimension ne s'applique pas nécessairement à toutes les obligations qui en découlent. En particulier, l'obligation d'organiser matériellement l'instance comporte un aspect essentiellement administratif, requérant des qualités qui ne sont pas forcément celles recherchées et prises en considération dans le choix des arbitres. C'est d'ailleurs l'une des seules obligations dont on peut concevoir que l'arbitre ne l'exécute pas lui-même. De fait, lorsqu'un secrétariat arbitral est désigné, c'est le plus souvent¹⁶⁰⁹ l'organisation matérielle de l'instance dont il sera chargé¹⁶¹⁰.

438. Au regard de ces éléments, un manquement de l'arbitre à son obligation d'organisation de l'instance arbitrale pourrait être caractérisé chaque fois que l'instance arbitrale ne peut pas se tenir en raison de contingences matérielles. Tel pourrait être le cas par exemple lorsque l'arbitre a omis de réserver des locaux ou de s'assurer de leur disponibilité, ou bien lorsqu'il ne s'est pas procuré les moyens de communication nécessaires pour entendre un témoin ou un expert ne pouvant être présent à l'audience, ou encore lorsqu'il n'a pas assuré la venue d'un traducteur dont la présence s'avérerait nécessaire. De même, une faute contractuelle pourrait être retenue à l'encontre de l'arbitre qui a réuni les parties dans un lieu ne permettant pas le respect de la confidentialité de l'audience¹⁶¹¹. Dans un tel cas, en effet, l'instance arbitrale pourrait se

¹⁶⁰⁷ En ce sens, v° T. CLAY, *L'arbitre, op. cit.*, spé. n°420-426, p.354-359.

¹⁶⁰⁸ Ceci résulte non seulement du principe général de la liberté des conventions mais également de l'ancien article 1237 du Code civil. Suivant ce texte, lorsque le contrat est dénué d'*intuitu personae*, il faut retenir que la nature du contrat autorise le recours à la sous-traitance (en ce sens, v° P. MALINVAUD (dir.), *Droit de la construction*, Dalloz, 7^e édition, 2018-2019, spé. n°511.13, p.193 ; ou P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz action 2018-2019, 11^e édition, spé. n°3122.51, p. 1199).

¹⁶⁰⁹ La mission du secrétaire arbitral peut varier selon ce que les parties ou les arbitres lui confient. Il est en revanche entendu que ne peut jamais lui être confié de mission juridictionnelle (en ce sens, v° T. CLAY, *L'arbitre, op. cit.*, spé. n°421-422, p.354-355).

¹⁶¹⁰ En ce sens, v° T. CLAY, *L'arbitre, op. cit.*, spé. n°420, p.354.

¹⁶¹¹ Dans une telle hypothèse, il n'y aurait pas à proprement parler une violation de l'obligation de confidentialité, laquelle suppose que l'arbitre révèle expressément à des tiers des informations confidentielles (v° *infra*, n°447 et s.). Il y aurait en revanche un manquement à l'obligation d'organiser

tenir, mais dans des conditions non conformes aux spécificités de la justice arbitrale. L'arbitre pourrait alors en être tenu pour responsable.

Enfin, dans l'hypothèse où l'arbitre aurait choisi de confier l'exécution de sa mission à un tiers, il n'en sera pas moins responsable des difficultés matérielles rencontrées. En effet, si le simple fait de recourir à des tiers n'est pas en soi constitutif d'une faute, dans les cas où le contrat n'impose pas une exécution personnelle de la prestation, le débiteur reste néanmoins responsable des fautes commises par les personnes auxquelles il a fait appel¹⁶¹². Autrement dit, le fait de déléguer l'exécution de sa mission contractuelle ne le décharge pas de sa responsabilité à l'égard des parties. Il pourra, certes, se retourner contre le sous-débiteur fautif, mais il devra néanmoins répondre envers les parties à l'arbitrage des difficultés matérielles qui ont empêché la bonne tenue de l'instance arbitrale.

En somme, l'arbitre devra répondre des défaillances dans l'organisation matérielle de l'instance aussi bien lorsqu'elles rendent impossible la tenue de l'instance que lorsqu'elles imposent sa tenue dans des conditions qui ne respectent pas ses spécificités, et ce, qu'il se soit chargé personnellement de cette mission ou qu'il l'ait confiée à un tiers.

Qu'en est-il de l'obligation de respecter les délais de l'arbitrage ?

C) Les manquements à l'obligation de respecter les délais de l'arbitrage

439. L'arbitre est tenu de respecter les délais prévus par les parties, expressément ou par renvoi aux délais du règlement arbitral ou même aux dispositions du Code de procédure civile¹⁶¹³. L'arbitre est donc toujours tenu d'un délai, du moins

l'instance dans des conditions propres à garantir les particularités de l'instance arbitrale, dans les cas où le principe de confidentialité s'applique.

¹⁶¹² En ce sens, la Cour de cassation a pu énoncer, pour une sous-traitance dans le cadre d'un contrat d'entreprise, que « *l'entrepreneur principal est responsable à l'égard du maître de l'ouvrage ou des propriétaires successifs de l'ouvrage des fautes de ses sous-traitants à l'origine des désordres* » (Civ. 3^e, 12 juin 2013, n°11-12.283). Pour des présentations doctrinales de la solution suivant laquelle celui qui sous-traite répond de son sous-traitant, v° notam. S. ABBATUCCI, *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, v° Sous-Traitance, 2016, spé. n°210 ; B. BOUBLI, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, v° Contrat d'entreprise, 2016, spé. n°372. En matière arbitrale, certaines lois ont pu prévoir très expressément que l'arbitre répond des manquements de ses « préposés » (Loi anglaise du 17 juin 1996, article 29-2) ou encore de ses « employés et agents » (Ordonnance Hongkongaise principale sur l'arbitrage du 15 octobre 1982).

¹⁶¹³ Sur ce point, v° *supra*, partie 1.

dans l'arbitrage interne, puisqu'il n'en est tenu dans l'arbitrage international que si les parties en ont fixé un.

Cette obligation de rendre une sentence dans le délai imparti se décompose en deux temps, qui vont requérir de l'arbitre des actions différentes. Dans un premier temps, l'arbitre doit faire en sorte de respecter le délai de l'arbitrage, tel qu'il a été fixé à l'origine. Dans un second temps, s'il s'avère que le respect du délai originel sera impossible à tenir, l'arbitre devra solliciter une prorogation du délai. Reprenons ces deux temps successivement.

440. En premier lieu, l'arbitre doit rendre sa sentence dans le délai fixé originellement. Dans ce cadre, il peut être attendu de l'arbitre qu'il organise le déroulement de la procédure arbitrale suivant un calendrier permettant d'aboutir au prononcé d'une sentence dans le délai imparti. Il lui appartiendra alors de fixer les dates de dépôt des conclusions, le nombre de conclusions qui peuvent être produites et les délais dans lesquels elles devront être échangées, ainsi que les dates des audiences et de reddition des sentences. Pour procéder à cette fixation, il devra tenir compte des spécificités de la procédure, impliquant éventuellement le recours à des expertises ou autres mesures d'instruction ou l'audition de témoins, et nécessitant un temps de délibération plus ou moins long selon la complexité de l'affaire. Ainsi, plus le litige sera complexe, plus les échéances séparant les différentes étapes pourront être éloignées les unes des autres : la complexité peut conduire les parties à déposer des écritures conséquentes, ce qui justifiera un temps de réponse plus long ; elle pourra également nécessiter la tenue de plusieurs expertises qui pourraient elles-mêmes se prolonger dans le temps. Dans ce premier aspect de l'obligation de respecter les délais de l'arbitrage, la responsabilité de l'arbitre pourra être recherchée dans tous les cas où la sentence n'a pas été rendue dans ce délai. Pour que le manquement soit caractérisé dans ces hypothèses, il faut toutefois que le non-respect du délai soit imputable à l'arbitre. Ce pourrait le cas lorsque celui-ci a mal conçu le calendrier de la procédure, en fixant des échéances impossibles à respecter, ou lorsqu'il n'a pas respecté lui-même son propre calendrier, notamment en prenant un temps plus long que prévu pour délibérer ou rédiger la sentence¹⁶¹⁴.

¹⁶¹⁴ En ce sens, Monsieur Loquin considère que c'est uniquement lorsque le délai de l'arbitrage n'a pas été respecté à cause d'un délibéré trop long de l'arbitre que ce dernier engage sa responsabilité (E. LOQUIN,

En revanche, lorsque le dépassement du délai est imputable aux parties ou aux intervenants à l'instance arbitrale, il ne devrait pas pouvoir être reproché à l'arbitre. Si le manquement était caractérisé dans une telle hypothèse, cela reviendrait à exiger de l'arbitre qu'il impose aux parties et aux tiers le respect des délais qu'il a fixés. Or, de ce point de vue, l'arbitre a, au mieux, un pouvoir d'incitation : il peut attirer l'attention des parties sur les différentes échéances de la procédure et les inviter à respecter les délais qu'il a fixés. Il n'a pas, cependant, de pouvoir de coercition, de sorte qu'il peut difficilement se voir reprocher de n'avoir pas obligé les parties à respecter les délais fixés¹⁶¹⁵.

De la même façon, le manquement contractuel ne devrait pas être caractérisé dans le cas où le délai originellement fixé par les parties était trop court pour pouvoir être respecté. En effet, on ne peut tenir l'arbitre pour responsable de n'avoir pas statué dans un délai qu'il lui était impossible de respecter. On pourrait toutefois, dans cette hypothèse, lui reprocher de n'avoir pas sollicité une prorogation du délai. C'est précisément le second type de manquement que l'on peut rencontrer.

441. En second lieu, en effet, le manquement à l'obligation de respecter les délais de l'arbitrage sera caractérisé par le fait, pour l'arbitre, de n'avoir pas sollicité une prorogation du délai auprès du juge d'appui. En ce sens, la Cour de cassation a retenu « *qu'en laissant expirer le délai d'arbitrage sans demander sa prorogation au juge d'appui, à défaut d'accord des parties ou faute pour celles-ci de la solliciter, les arbitres, tenus à cet égard d'une obligation de résultat, ont commis une faute ayant entraîné l'annulation de la sentence, et ont engagé leur responsabilité* »¹⁶¹⁶. À travers cette formulation, il apparaît clairement que le manquement contractuel de l'arbitre tient dans l'absence de demande de prorogation faite auprès du juge d'appui. Cette solution appelle deux précisions.

D'abord, on pourrait imaginer qu'une bonne pratique de la gestion des délais de l'arbitrage appelle de l'arbitre qu'il attire l'attention des parties sur l'approche du terme du délai de l'arbitrage. Il inciterait ainsi les parties à trouver un accord pour prolonger conventionnellement le délai ou à prendre l'initiative de saisir le juge d'appui. Cette solution aurait le mérite de remettre les parties au cœur des délais de l'arbitrage,

« La responsabilité civile des arbitres en cas de dépassement du délai de l'arbitrage », *RTD Com.*, 2006, p.299).

¹⁶¹⁵ En ce sens, v° E. LOQUIN, « La responsabilité civile des arbitres en cas de dépassement du délai de l'arbitrage », *RTD Com.*, 2006, p.299.

¹⁶¹⁶ Civ. 1^e, 6 décembre 2005, n°03-13.116, *Bull I*, n°462.

d'autant plus quand elles opéreront une prorogation conventionnelle, et d'éviter ainsi à l'arbitre d'avoir à saisir lui-même le juge d'appui. C'est en ce sens que pourrait être comprise la formulation retenue par la cour d'appel de Paris, selon laquelle « *les arbitres sont tenus de préserver l'instance arbitrale en veillant à ce que le délai de reddition de la sentence ne soit pas expiré ; sauf à engager leur responsabilité, il leur appartient (...), de prendre, à cet effet, toutes initiatives utiles afin d'obtenir le cas échéant, sa prorogation conventionnelle ou judiciaire* »¹⁶¹⁷. Faut-il pour autant imposer un tel comportement à l'arbitre, au point de le rendre responsable lorsqu'il n'attire pas l'attention des parties sur l'expiration prochaine du délai de l'arbitrage ? Cela n'est pas évident. En effet, bien que l'arbitre ait le pouvoir de solliciter une prorogation conventionnelle du délai par les parties, sa faute, en réalité, consistera toujours à n'avoir pas, en dernier recours, saisi le juge d'appui d'une demande de prorogation. Il est donc attendu de lui qu'il pallie la carence des parties lorsque celles-ci n'ont pas trouvé un accord sur la prorogation du délai ou saisi le juge aux fins de prorogation. Si on pouvait reprocher à l'arbitre de n'avoir pas attiré l'attention des parties sur l'expiration prochaine du délai ou de n'avoir pas sollicité une prorogation conventionnelle de leur part, cela aurait pour conséquence qu'un manquement pourrait être caractérisé pour ce seul fait, quand bien même l'arbitre aurait sollicité une prorogation auprès du juge d'appui. Sa responsabilité pourrait alors être engagée lorsqu'il a spontanément pris l'initiative de solliciter le juge d'appui, sans avoir préalablement invité les parties à trouver une solution amiable. Une telle solution paraît inopportune : le seul fait pour l'arbitre de saisir le juge d'appui devrait suffire à écarter sa responsabilité, puisqu'il aura ainsi fait ce qui était en son pouvoir pour obtenir une prorogation lui permettant de rendre sa sentence dans le délai prorogé de l'arbitrage. Dès lors, le comportement consistant à inviter les parties à proroger le délai de l'arbitrage ne peut être considéré que comme une bonne pratique souhaitable de la part de l'arbitre, mais non comme une obligation qui lui est faite ; sa seule véritable obligation, génératrice de responsabilité, sera de solliciter une prorogation auprès du juge d'appui, à défaut de prorogation conventionnelle ou de demande faite en ce sens par l'une des parties.

Ensuite, puisque l'absence de demande de prorogation peut caractériser un manquement contractuel, il ne paraît pas opportun de considérer, à l'inverse, qu'une demande de prorogation puisse être fautive. La question pourrait toutefois se poser : on

¹⁶¹⁷ CA Paris, 31 mars 2015, n°14-05436.

pourrait envisager que l'arbitre engage sa responsabilité lorsqu'il sollicite une prorogation qui n'était pas nécessaire parce que l'affaire aurait pu être tranchée dans le délai originellement fixé par les parties. Néanmoins, une telle solution ne nous apparaît pas souhaitable. En effet, le fait pour l'arbitre de demander une prorogation participe plutôt d'un comportement proactif et diligent traduisant sa volonté de respecter les délais de l'arbitrage, du moins le délai prorogé, si ce n'est le délai fixé à l'origine. Considérer qu'il pourrait manquer à ses obligations en sollicitant une prorogation indue risquerait de décourager ce type de demande et, en conséquence, de produire un effet inverse à celui recherché. Il n'est donc pas souhaitable qu'une telle demande puisse être considérée comme fautive en soi. Pour autant, cela n'implique pas que la responsabilité de l'arbitre ne puisse pas être recherchée à un autre titre dans ce type de situation : si, à force de prorogations inutiles, le procès arbitral en vient à s'étaler sur une durée déraisonnable, c'est sur le terrain de l'obligation juridictionnelle de célérité qu'il faudra se placer pour rechercher la responsabilité de l'arbitre¹⁶¹⁸. Elle sera, certes, plus difficile à engager, puisqu'elle suppose une faute qualifiée, mais elle n'en restera pas moins théoriquement envisageable.

Voyons à présent comment pourrait être caractérisé le manquement contractuel à l'obligation de révélation.

D) Les manquements à l'obligation de révélation

442. On a vu que l'obligation de révélation impliquait de l'arbitre qu'il révèle certains liens qu'il entretient avec les parties ou avec les conseils de celles-ci et, plus spécifiquement, les liens, personnels ou d'affaires, qui seraient de nature à créer dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur son indépendance et son impartialité¹⁶¹⁹. Quels comportements impliquent cette obligation de révélation et quels manquements pourraient être reprochés à l'arbitre à cet égard ?

¹⁶¹⁸ Sur la distinction entre l'obligation de respecter les délais de l'arbitrage et l'obligation de statuer dans un délai raisonnable, v° *supra*, partie 1.

¹⁶¹⁹ V° *supra*, partie 1.

443. En première approche, révéler appelle de l'arbitre qu'il porte à la connaissance des parties, par le moyen qui lui convient le plus, les liens qui sont couverts par cette obligation. Dans ce cadre, il sera attendu de l'arbitre une certaine diligence impliquant qu'il révèle spontanément les informations pertinentes, dès qu'il en a connaissance, et sans qu'il soit nécessaire de l'interroger. Généralement, la révélation intervient dès les premiers contacts avec les parties, mais elle pourrait également survenir au cours de l'instance, si de nouveaux éléments étaient portés à la connaissance de l'arbitre.

En seconde approche, il convient de souligner que, par hypothèse, l'arbitre ne peut révéler que les éléments dont il a connaissance. Toutefois, il peut légitimement être attendu de lui qu'il connaisse un certain nombre d'informations. Dès lors, l'obligation de révélation pourrait conduire à exiger de l'arbitre qu'il se renseigne sur des éléments qu'il est supposé connaître. Elle impliquerait alors une obligation de se renseigner, préalable nécessaire à la révélation. L'obligation de révélation supposerait ainsi que l'arbitre révèle aux parties les liens qu'il connaît ou qu'il devrait connaître.

444. Pour déterminer ce sur quoi l'arbitre est tenu de se renseigner, il faut identifier les liens que l'on peut raisonnablement attendre de lui qu'il connaisse. La question ne se pose pas véritablement pour les liens d'ordre familial qui l'unissent aux parties ou aux conseils des parties. Par hypothèse, il a nécessairement connaissance de ces liens, qu'il devra révéler. Il n'a donc pas besoin de se renseigner sur eux. S'agissant en revanche des liens d'ordre professionnel, la question se pose de savoir ce que l'on peut attendre de l'arbitre qu'il connaisse. Sur ce point, il nous semble nécessaire d'opérer une distinction en fonction de la manière dont l'arbitre organise ses activités professionnelles : il peut les exercer soit de manière autonome, soit en étant membre d'un cabinet d'avocats.

Lorsque l'arbitre exerce de manière autonome son activité professionnelle, il sera logiquement réputé connaître les personnes avec qui il a travaillé. Il n'aura donc pas à se renseigner sur ses propres clients, mais au mieux à vérifier la liste des dossiers qu'il a traités pour identifier les liens professionnels qu'il pourrait avoir avec l'une des parties à la cause, avec le conseil de l'une des parties, ou encore avec le cabinet dans lequel exerce ledit conseil. Ces liens professionnels ont pu naître non seulement au cours d'une précédente procédure arbitrale, mais aussi à l'occasion de l'exercice par

l'arbitre d'une activité d'avocat ou de Professeur de droit, selon sa situation. Il reste toutefois que, sur ces différents liens, l'arbitre n'a pas véritablement à se renseigner, mais plutôt à se souvenir des personnes avec qui il a été en contact.

Lorsque l'arbitre exerce son activité au sein d'un cabinet d'avocats, l'obligation de révélation devra vraisemblablement s'adapter à cette modalité d'organisation de sa vie professionnelle. En effet, les liens professionnels qui sont de nature à faire peser un doute sur l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre sont non seulement ceux qui se nouent entre l'arbitre et les parties ou leurs conseils, mais aussi ceux qui existent entre le cabinet dans lequel exerce l'arbitre et les parties ou leurs conseils. Il peut donc être exigé de l'arbitre qu'il révèle les relations qu'entretient son cabinet avec l'une des parties à la cause, le conseil de l'une des parties ou le cabinet dans lequel exerce ledit conseil. Or, et surtout dans les grandes structures, il se peut que l'arbitre ne soit pas à l'initiative de la relation, de telle sorte qu'il peut l'ignorer. C'est alors précisément dans ce cas de figure que l'on peut exiger de lui qu'il se renseigne sur les clients de son cabinet, afin de pouvoir informer les parties. Ainsi, il est possible d'exiger de l'arbitre qu'il connaisse les clients du cabinet dans lequel il exerce, même s'il n'a pas directement traité avec eux. Il devra alors réaliser des investigations au sein de son propre cabinet pour déterminer si l'une ou l'autre des parties, ou l'un ou l'autre des conseils des parties ou des cabinets de ces conseils, ont déjà été en lien avec le cabinet dans lequel il exerce.

445. Partant, les manquements de l'arbitre à l'obligation de révélation se dessinent à la lumière des différents comportements que pourrait imposer cette obligation. De manière générale, sera constitutif d'un manquement contractuel le fait pour l'arbitre de ne pas porter à la connaissance des parties des relations qui auraient dû être révélées, dès lors que l'arbitre les connaissait ou aurait dû les connaître. Ainsi, pour établir le manquement, les parties n'auront pas nécessairement besoin de démontrer que l'arbitre connaissait l'information qu'il a tue ; elles pourront se contenter d'arguer que l'information devait être connue par l'arbitre.

Dans cette optique, l'arbitre pourra se voir reprocher de n'avoir pas révélé l'existence de liens familiaux, amicaux ou professionnels qu'il entretient personnellement ou a entretenus avec l'une des parties ou avec le conseil de l'une des parties. En outre, un manquement pourra aussi être constitué lorsqu'il n'aura pas révélé les liens professionnels existant entre son cabinet –sur lesquels on peut attendre de lui

qu'il se renseigne – et les parties ou leurs conseils ou les cabinets dans lesquels exercent leurs conseils. Dans ces hypothèses, l'arbitre ne pourra pas se décharger de sa responsabilité en arguant qu'il ignorait l'existence des liens en cause : certains de ces liens sont, par hypothèse, naturellement connus de lui, tandis que d'autres seront considérés comme devant être connus de lui, de sorte que leur ignorance ne sera pas justifiée. Cela, d'autant plus que les cabinets ont mis en place des moyens internes permettant aux arbitres de se renseigner sur la nature des liens entretenus entre le cabinet auquel ils appartiennent, les conseils et les parties à la cause.

Enfin, la question se pose de savoir si l'arbitre peut être considéré comme fautif pour n'avoir pas révélé des liens plus indirects, de nature à poser une difficulté d'indépendance ou d'impartialité. On pense en particulier aux liens qui pourraient exister entre les clients de l'arbitre ou de son cabinet et les parties à l'arbitrage, les conseils des parties ou les cabinets de ces conseils. Peut-on reprocher à l'arbitre de n'avoir pas identifié et, en conséquence, pas révélé, ce type de lien « par ricochet » ? Dans l'hypothèse envisagée, l'arbitre ou son cabinet n'ont pas traité directement avec les parties ou leurs conseils, mais avec des personnes qui étaient elles-mêmes en lien avec les parties ou leurs conseils. Cela pourrait être le cas, par exemple, d'un arbitre qui aurait été le conseil d'une société dans le cadre de son activité d'avocat et qui se verrait proposer par la suite d'arbitrer un litige impliquant, non pas cette même société, mais l'une de ses filiales. Il nous semble que, dans ce type de situation, on ne peut pas attendre de l'arbitre qu'il mène des investigations trop poussées. Aussi paraît-il opportun de considérer que seuls les liens notoires¹⁶²⁰ existant entre les relations personnelles ou professionnelles directes de l'arbitre ou de son cabinet et les parties ou leurs conseils devraient déclencher une obligation de révélation. Par exemple, il devra informer les parties que l'un de ses clients est le parent d'une des parties à la cause ou la société mère, la société sœur ou la filiale de l'une des parties à la cause, si ces liens de parenté ou de capital sont notoires. Ainsi, il pourrait lui être reproché de n'avoir pas

¹⁶²⁰ La notion de lien notoire n'est pas particulièrement aisée à définir (en ce sens, v° B. MOREAU, E. GLUCKSMANN, P. FENG, *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, v° Arbitrage interne, 2017, spé. n°205) et la jurisprudence s'est d'ailleurs bien gardée d'éclaircir cette notion. On peut, avec Messieurs Seraglini et Ortscheidt (C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, spé. n°746, p.736) considérer que sont notoires tous les liens que les parties peuvent aisément découvrir à l'aide de quelques recherches, sans avoir à procéder à « un dépouillement approfondi et minutieux » du site internet de l'arbitre (CA Paris, 25 février 2020, n°19-07575) ou encore sans avoir à procéder à « un dépouillement systématique des sources susceptibles de mentionner le nom de l'arbitre et des personnes qui lui sont liées » (CA Paris, 14 octobre 2014, *Rev. arb.*, 2016, p.151 note M. HENRY).

révélé son lien ou le lien de son cabinet avec un client qui entretient des relations familiales ou capitalistiques notoires avec l'une des parties à l'arbitrage ou le conseil de l'une des parties¹⁶²¹.

En revanche, il ne nous semble pas raisonnable d'exiger de l'arbitre qu'il connaisse le parcours professionnel des conseils des parties, c'est-à-dire qu'il sache par quels cabinets sont passés les avocats des parties. De la même manière, il n'a pas à connaître les relations économiques, capitalistiques ou familiales qui peuvent unir les parties à la cause à ses clients ou aux clients de son cabinet, si ces relations ne sont pas notoires. L'arbitre ne devrait donc pas engager sa responsabilité pour n'avoir pas fait état de liens avec des clients qui n'étaient pas notoirement en relation avec les parties à l'arbitrage ou leurs conseils, sauf, bien sûr, à ce que les parties parviennent à démontrer qu'il avait connaissance de telles relations.

En résumé, le manquement à l'obligation de révélation sera caractérisé chaque fois que l'arbitre se sera abstenu de porter à la connaissance des parties une information qu'il connaissait ou qu'il devait connaître, de nature à faire peser un doute sur son indépendance ou son impartialité. Dès lors, de deux choses, l'une : soit l'information tue devait être connue de l'arbitre, auquel cas le manquement sera établi par la simple preuve qu'elle n'a pas été transmise ; soit l'information n'était pas de celles que l'arbitre doit connaître, auquel cas le manquement ne sera établi que si les parties parviennent à démontrer que l'arbitre avait connaissance de cette information qu'il n'a pas révélée.

Abordons maintenant la question de l'obligation de confidentialité.

E) Les manquements à l'obligation de confidentialité

446. L'obligation de confidentialité se rattache à la mission contractuelle de l'arbitre¹⁶²². Généralement, il est admis que la confidentialité recouvre l'existence même

¹⁶²¹ Cette notion de liens notoires est déjà utilisée par la jurisprudence, mais à une autre fin : la jurisprudence y a recours pour restreindre le domaine de l'obligation de révélation de l'arbitre, en considérant que celui-ci n'a pas à révéler les liens notoires qu'il entretient avec l'une des parties, avec le conseil de l'une des parties ou le cabinet du conseil de l'une des parties. Nous proposons, à l'inverse, de recourir à la notion de lien notoire pour étendre l'obligation de révélation de l'arbitre à une autre relation. Ici, en effet, ce n'est pas la relation notoire qui devra être révélée, mais la relation existant entre l'arbitre et la personne (non partie à l'arbitrage) qui est notoirement liée à l'une des parties à l'arbitrage ou à son conseil.

de l'arbitrage, les noms des parties, la date et le lieu de tenue des audiences¹⁶²³, les pièces échangées, ainsi que la sentence rendue¹⁶²⁴. Toutefois, il se peut que les parties élargissent ou restreignent le domaine des informations qu'elles souhaitent frapper de confidentialité. C'est alors à la volonté des parties qu'il faudra se référer pour savoir sur quelles informations porte l'obligation de confidentialité de l'arbitre¹⁶²⁵, lorsqu'il y est tenu¹⁶²⁶. Dans le cadre de l'étude de la faute contractuelle, la question va se poser de savoir quels comportements sont attendus de l'arbitre tenu à la confidentialité.

447. À cet égard, les choses sont, *a priori*, très simples : respecter l'obligation de confidentialité se résume à garder le silence¹⁶²⁷. C'est donc un comportement négatif qui sera exigé de l'arbitre : ne pas divulguer les informations soumises à la confidentialité. Il devra ainsi s'abstenir de révéler ces informations aux tiers, de communiquer les pièces échangées dans le cadre de la procédure arbitrale, ou encore de divulguer la sentence ou son contenu à des personnes étrangères à la procédure. Cela appelle deux précisions.

En premier lieu, l'obligation de confidentialité s'impose à l'arbitre dès les premiers contacts qu'il noue avec les parties puis tout au long de la procédure, pour se prolonger après la reddition de la sentence. Ainsi, il devra conserver le silence sur toutes les informations confidentielles qui auront été portées à sa connaissance à l'occasion de

¹⁶²² V° *supra*, partie 1.

¹⁶²³ Au sujet de cet aspect de la confidentialité, Monsieur Loquin retient qu'il est « *unanimement admis* » (E. LOQUIN, « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2006, p.323 et s., spé. résumé, p.323 et n°28, p.340).

¹⁶²⁴ Résumant cette position, Monsieur Racine considère que « *De bout en bout, la procédure est par conséquent normalement couverte par la confidentialité* » (J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, PUF, 2016, 1^e édition, spé. n°660, p.432 ; dans le même sens, v° A. MILLERAND, « Transparence financière pour les sociétés cotées et confidentialité des procédures d'arbitrage : quel équilibre », *Revue Droit bancaire et financiers*, septembre 2012, *prat.* 5 ; E. LOQUIN, « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2006, p.323 et s., spé. résumé, p.323 et n°19, p.335 et n°26 et s., p.339 et s. ; A. DIMOLITSA, « Quid encore de la confidentialité » in *Mélanges en l'honneur de François Knoepfler*, Collection Neuchateloise, 2005, spé. p.253). En ce sens, Monsieur Cavalieros, dans son article sur la confidentialité dans l'arbitrage, ajoute que les clauses qui imposent la confidentialité à l'arbitre incluent souvent ces éléments. Il cite des clauses en ce sens (P. CAVALIEROS, « La confidentialité de l'arbitrage », *Gazette du palais*, 2005, p.6).

¹⁶²⁵ En ce sens, v° E. GAILLARD, « L'arbitrage international, un droit dynamique en quête d'identité – Questions à Emmanuel Gaillard, Professeur de droit à l'Université Paris XII et Avocat responsable du département d'arbitrage international du cabinet Shearman & Sterling », *Lexbase, Hebdo édition privée*, n°349, 9 avril 2009.

¹⁶²⁶ On rappellera que, si l'obligation de confidentialité s'impose par l'effet de la loi dans l'arbitrage interne, elle ne s'impose avec certitude dans l'arbitrage international que lorsque les parties l'ont expressément prévue ; v° *supra*, partie 1.

¹⁶²⁷ Pour une définition générale en ce sens de l'obligation de confidentialité, v° C.-E. BUCHER, « La clause de confidentialité ou de secret », *Contrats Concurrence Consommation*, n°8-9, aout 2018, form. 8.

l'arbitrage, dès le stade des pourparlers¹⁶²⁸ et jusqu'après la fin de la procédure arbitrale. En toute logique, ce silence s'impose à lui jusqu'à ce que les parties elles-mêmes aient renoncé à la confidentialité, que ce soit en libérant directement l'arbitre de son obligation, ou en acceptant que certaines informations soient rendues publiques. Tel est le cas, par exemple lorsque les parties acceptent que la sentence rendue dans le cadre de leur litige soit publiée¹⁶²⁹.

En second lieu, l'obligation de confidentialité s'exprime envers les tiers à la procédure arbitrale¹⁶³⁰. Il convient donc de préciser qui sont ces tiers à l'égard desquels l'arbitre est tenu de garder le silence. Par élimination, on peut d'abord exclure de la catégorie des tiers les parties à l'instance, leurs conseils, les arbitres, ainsi que les secrétaires arbitraux, s'il y en a. L'ensemble de ces acteurs ont naturellement vocation à connaître des informations qui concernent la procédure arbitrale. À l'inverse, doivent être considérés comme des tiers toutes les personnes qui ne sont pas intervenues dans la procédure arbitrale, à quelque titre que ce soit. À leur égard, l'arbitre devra s'abstenir strictement de révéler toute information couverte par la confidentialité.

Entre ces deux extrêmes se situent certains intervenants à la procédure dont le statut peut susciter des interrogations. On pense en particulier aux témoins, aux *amicus curiae* ou encore aux experts et autres techniciens auxquels l'arbitre ou les parties pourraient être amenés à recourir. Ces personnes seront nécessairement amenées à prendre connaissance de certaines informations confidentielles qui ont trait à la procédure, de sorte qu'elles ne peuvent être considérées comme des tiers à part entière. Ainsi, les experts seront amenés à connaître, pour les besoins de leur mission, l'existence

¹⁶²⁸ A ce stade, l'obligation n'est pas encore contractuelle, tant que le contrat d'arbitre n'a pas été formé. C'est alors dans le droit commun des obligations pré-contractuelles que l'on peut trouver le fondement de cette obligation, consacrée à l'article 1112-2 du Code civil par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016. Ce texte dispose que « *Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun* ».

¹⁶²⁹ Par exemple, l'article 48 (4) de la Convention CIRDI autorise la publication des sentences arbitrales lorsque les parties à l'instance arbitrale y ont toutes consenti. Allant plus loin encore, l'article 1137 (4) de l'ALENA prévoit que lorsque le Canada ou les Etats-Unis, mais pas le Mexique, sont parties aux procédures, la sentence arbitrale peut être publiée soit par l'Etat soit par l'investisseur sans que le consentement de l'autre partie ne soit nécessaire. (Pour une présentation de la question de la publication des sentences arbitrales dans les arbitrages d'investissement, v° S. MENETREY, « La transparence dans l'arbitrage d'investissement », *Rev. arb.*, 2012, p.33, spé. n°14 et s., p.44 et s.). Dans un cas comme dans l'autre, le consentement à la publication de la sentence devrait valoir renonciation à son caractère confidentiel.

¹⁶³⁰ À l'égard des parties, l'arbitre n'est pas tenu d'une obligation de confidentialité, mais il est tenu au respect du secret du délibéré. Cette obligation se rattache à la fonction juridictionnelle de l'arbitre, en tant que composante de l'obligation de délibérer. Elle doit être distinguée de l'obligation de confidentialité qui, elle, concerne les informations que l'arbitre ne doit pas divulguer aux tiers (sur cette distinction, v° *supra*, partie 1).

de l'arbitrage, les noms des parties, les éléments du dossier sur lesquels il leur est demandé de se prononcer, ainsi que la date des audiences en vue desquelles leur rapport sera attendu, et le lieu de ces audiences s'ils sont invités à s'y exprimer. Les témoins, quant à eux, seront amenés à connaître l'existence d'un arbitrage et les noms des parties, ainsi que la date et le lieu de l'audience à laquelle ils vont témoigner, à supposer qu'il s'agisse d'un témoignage oral. Dans ce cas, ils pourraient être invités à quitter l'audience après avoir témoigné, de façon à ce que ce qui s'y dit reste secret. Pour un témoignage écrit, à l'inverse, les informations portant sur les date et lieu d'audience n'ont pas à leur être communiquées. En somme, pour ces personnes qui ne sont ni vraiment des parties à l'arbitrage, ni vraiment des tiers, mais qui sont conduits à intervenir à la procédure, l'obligation de confidentialité devrait s'appliquer sous réserve des nécessités de leur mission : l'arbitre devrait être tenu de conserver le silence sur toutes les informations confidentielles qui ne sont pas nécessaires à leur participation à la procédure. En particulier, il devrait s'abstenir de divulguer aux experts et aux témoins la sentence ou son contenu.

448. Au regard de ces comportements qui peuvent être attendus au titre de l'obligation de confidentialité, manquera à son obligation l'arbitre qui divulguera aux intervenants à la procédure des informations confidentielles qui ne sont pas nécessaires à l'exécution de leur mission ou à leur participation à l'instance. De même, il pourrait lui être reproché d'avoir laissé un témoin assister à l'ensemble de l'audience, alors même que sa présence n'était plus nécessaire après son audition ; n'ayant pas à connaître de la teneur des débats, mais simplement à attester de faits dont ils ont eu connaissance, les témoins ne devraient pas être autorisés à assister aux débats au-delà du temps nécessaire pour délivrer leur témoignage, sauf si les parties les y autorisent. La responsabilité de l'arbitre pourrait donc être recherchée pour n'avoir pas fait respecter la confidentialité dans un tel cas de figure.

En revanche, il est évident que l'arbitre ne commettra pas de manquement à son obligation de confidentialité lorsqu'il transmettra aux intervenants à la procédure des informations nécessaires à la réalisation de leur mission ou à leur participation à l'instance, telles que les noms des parties, les dates et lieux d'audiences, ou encore, s'agissant des experts, les éléments du litige sur lesquels ils sont invités à se prononcer.

449. Par ailleurs, le manquement contractuel sera constitué lorsque l'arbitre portera des informations confidentielles à la connaissance de personnes étrangères à la procédure arbitrale. Il pourra par exemple lui être reproché d'avoir révélé à un tiers à la procédure l'existence de l'arbitrage, les noms des parties ou encore le contenu de la sentence.

Peu importe, à cet égard, le moyen par lequel s'opère la transmission de l'information : que la divulgation ait lieu par oral ou par écrit, elle sera tout aussi fautive. Ainsi, l'arbitre pourra être considéré comme fautif pour avoir réutilisé les pièces échangées au cours de la procédure arbitrale ou les informations révélées au cours de cette procédure pour les besoins d'une autre affaire, si ces pièces et informations n'ont pas été produites ou révélées dans la nouvelle cause par les parties à l'arbitrage elles-mêmes ou avec leur autorisation.

Peu importe également le moment de la révélation : qu'elle intervienne au cours de l'instance ou après la reddition de la sentence, le manquement sera tout autant constitué. De façon générale, si l'arbitre n'est libéré de son obligation que par la renonciation des parties à la confidentialité de certaines informations, cela implique qu'il sera en faute chaque fois qu'il aura révélé de sa propre initiative une information dont les parties n'avaient pas accepté la divulgation.

Peu importe, enfin, que la personne à qui l'information a été transmise en eût déjà pris connaissance par ailleurs. Certes, dans un tel cas de figure, l'arbitre n'engagera pas nécessairement sa responsabilité, à défaut de préjudice ou de lien de causalité entre la révélation faite par l'arbitre et le préjudice subi par les parties. Toutefois, le manquement contractuel sera tout de même caractérisé, s'il est établi qu'il a divulgué une information à la confidentialité de laquelle les parties n'avaient pas renoncé.

450. En revanche, il ne devrait pas y avoir de divulgation à proprement parler, donc pas de manquement à l'obligation de confidentialité, en l'absence de transmission expresse d'informations. Le simple silence conservé par un arbitre, interrogé sur l'existence d'un arbitrage, pourrait être considéré comme une confirmation tacite ou implicite de son existence. Pour autant, on ne peut pas raisonnablement considérer que l'arbitre a commis une faute pour la seule raison qu'un tiers a cru pouvoir interpréter son comportement dans un sens ou dans un autre. Seules les révélations expresses, par

l'arbitre, d'informations couvertes par la confidentialité devraient caractériser un manquement.

451. Enfin, certaines circonstances devraient être de nature à exclure le caractère fautif du non-respect de la confidentialité.

Ainsi, ne constituera pas une faute le fait pour l'arbitre d'avoir révélé une information qu'il ne pouvait pas tenir confidentielle pour des raisons légales. En ce sens, l'article 1464, alinéa 4, du Code de procédure civile prévoit d'ailleurs que le principe de confidentialité ne s'applique à la procédure arbitrale que « *sous réserve des obligations légales* ». Ces réserves renvoient notamment aux obligations de révélation existant en matière pénale, fiscale ou financière¹⁶³¹. Monsieur Loquin ajoute à cette liste les exigences de la défense nationale¹⁶³². Précisant les justifications légales qui permettent de méconnaître l'obligation de confidentialité sans devoir en répondre, Messieurs Loquin¹⁶³³, Caprasse et Ziadé¹⁶³⁴ considèrent que la législation invoquée doit être d'ordre public. Pour ces auteurs, si la législation qui exige la révélation d'une information n'est pas d'ordre public, elle ne doit pas justifier de porter atteinte à l'obligation de confidentialité. Par exemple, Monsieur Loquin¹⁶³⁵ estime que le respect du principe de la réparation intégrale, lorsqu'il est invoqué par des tiers à une instance arbitrale qui souhaite connaître le contenu d'une sentence pour estimer avec précision leur entier dommage, ne devrait pas autoriser l'arbitre international à révéler cette information confidentielle puisque ce principe n'est pas d'ordre public international¹⁶³⁶.

Par ailleurs, il nous semble que l'arbitre devrait avoir la possibilité de révéler des informations confidentielles lorsqu'il est défendeur à une action tendant à voir sa responsabilité engagée. En effet, son obligation de confidentialité ne devrait pas

¹⁶³¹ En ce sens, v° J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, PUF, 2016, 1^e édition, spé. n°660, p.432 ; pour une limitation de la confidentialité au regard des exigences liées aux sociétés cotées, v° A. MILLERAND, « Transparence financière pour les sociétés cotées et confidentialité des procédures d'arbitrage : quel équilibre », *Revue Droit bancaire et financiers*, septembre 2012, *prat.* 5.

¹⁶³² E. LOQUIN, « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2006, p.323 et s., spé. résumé, p.323 et n°34, p.345.

¹⁶³³E. LOQUIN, « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2006, p.323 et s., spé. résumé, p.323 et n°33, p.344.

¹⁶³⁴ O. CAPRASSE, R. ZIADE, « La confidentialité dans la procédure arbitrale », *Rev. arb.*, 2014, p.593, spé. n°13, p.598-599.

¹⁶³⁵ E. LOQUIN, « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2006, p.323 et s., spé. résumé, p.323 et n°36, p.346.

¹⁶³⁶ Civ. 1^e, 15 décembre 1969, *RCDIP*, 1971, p.512.

l'empêcher de se défendre efficacement lors de son propre procès¹⁶³⁷. Cette solution se justifie doublement : d'abord, elle peut se rattacher à l'ordre public procédural, en ce qu'il impose le respect des droits de la défense ; ensuite, elle peut se fonder sur l'idée que, lorsqu'une partie agit en responsabilité contre l'arbitre devant une juridiction étatique, elle renonce par là même à la confidentialité des informations liées à la procédure arbitrale. L'une comme l'autre de ces justifications suffit à permettre à l'arbitre de dévoiler des informations sans encourir sa responsabilité.

CONCLUSION DU CHAPITRE

452. En matière de responsabilité civile de l'arbitre, le législateur n'a prévu aucune disposition quant aux comportements qui sont de nature à engager la responsabilité civile de l'arbitre, renvoyant alors à l'application du droit commun. Dans ce cadre, la jurisprudence est venue combler le silence du législateur de deux manières : au sujet de l'arbitre-juge, d'une part, elle exige une faute qualifiée consistant en une « *faute personnelle équipollente au dol ou une fraude ou un déni de justice ou une faute lourde* » ; au sujet de l'arbitre-contractant, d'autre part, elle recourt à la distinction entre les obligations de moyens et de résultat pour déterminer les comportements contractuels constitutifs de manquements. Selon nous, ces positions prétoriennes sont contestables et doivent être repensées pour répondre à la spécificité de l'arbitrage.

D'abord, en ce qui concerne l'arbitre-juge, celui-ci est en principe immunisé dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle. Or, il nous est apparu que les comportements listés par la jurisprudence comme de nature à engager la responsabilité civile, délictuelle suivant notre position, devaient être repensés car ils ne permettent pas de garantir cette immunité de l'arbitre qui, pourtant, est indispensable à l'exercice de sa fonction juridictionnelle. En effet, soit le seuil de qualification de la faute est trop faible et a pour effet de faire perdre à l'arbitre son immunité. Soit, à l'inverse, le seuil est trop

¹⁶³⁷ Comp. E. LOQUIN, « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2006, p.323 et s., spé. résumé, p.323 et n°41, p. 349, qui considère pour sa part que le droit de se défendre ne permet pas de violer l'obligation de confidentialité. Toutefois, l'affirmation de l'auteur s'inscrit dans une situation tout autre que celle que nous envisageons ici : il évoque le cas d'une partie à l'arbitrage qui souhaiterait utiliser, dans une autre instance l'opposant à une autre partie, des informations confidentielles se rattachant à l'arbitrage. L'hypothèse est très différente de celle, que nous abordons ici, dans laquelle l'arbitre verrait sa responsabilité engagée à raison d'une faute commise dans le cadre de l'instance arbitrale. Les informations propres à l'instance arbitrale qui a abouti à un procès en responsabilité de l'arbitre ne devraient pas, nous semble-t-il, être protégées par la confidentialité, dans le cadre de l'action en responsabilité.

élevé et offre à l'arbitre non pas une immunité mais une véritable impunité. Nous avons soutenu que la responsabilité de l'arbitre-juge doit être construite autour de cette notion d'immunité, ce qui induit que seuls les comportements qui sont en mesure d'assurer cette immunité sans emporter d'impunité doivent être considérés comme de nature à engager sa responsabilité. Pour ce faire, nous avons proposé de retenir une faute juridictionnelle unique, qui serait dénommée faute lourde juridictionnelle, répondrait à une approche objective dépourvue de dimension intentionnelle, et serait définie comme un manquement de l'arbitre à ses obligations juridictionnelles essentielles. Concrètement, cette faute serait caractérisée chaque fois que l'arbitre méconnaîtra à la fois son obligation d'indépendance ou d'impartialité et une autre obligation juridictionnelle, quelle qu'elle soit.

Ensuite, concernant l'arbitre-cocontractant, il est apparu que le recours à la classification des obligations de moyens et de résultat ne permet pas de déterminer le comportement qui est attendu de l'arbitre et qui sera, en cas de manquement, de nature à engager sa responsabilité contractuelle. Cette difficulté est, en réalité, normale dans la mesure où cette classification est davantage un outil probatoire qu'un outil permettant de définir le comportement attendu du débiteur d'une obligation. C'est la raison pour laquelle nous avons proposé une nouvelle approche, casuistique, des comportements attendus de l'arbitre au regard de ses obligations contractuelles sans avoir recours à la distinction entre obligation de moyen et obligation de résultat.

A l'issue de ces développements, les comportements de l'arbitre de nature à engager sa responsabilité contractuelle, d'arbitre-cocontractant, ou délictuelle, d'arbitre-juge, sont plus précisément identifiés. Il convient dorénavant de mobiliser les deux autres conditions nécessaires à la mise en cause de sa responsabilité civile, à savoir le dommage et le lien de causalité.

Chapitre 2 : Les conditions du droit commun pouvant être mobilisées

453. Après avoir repensé les comportements de nature à engager la responsabilité contractuelle de l'arbitre-contractant et la responsabilité délictuelle de l'arbitre-juge, il convient dorénavant de se concentrer sur les conditions d'engagement de la responsabilité civile de l'arbitre qui peuvent être directement mobilisées, à savoir le dommage et le lien de causalité.

A l'inverse des comportements de nature à engager la responsabilité de l'arbitre-cocontractant ou de l'arbitre-juge, qui devaient être repensés pour répondre aux enjeux particuliers liés à la spécificité de la fonction arbitrale, les conditions tenant au dommage et au lien de causalité n'ont pas à l'être car la matière arbitrale n'induit pas de particularisme sur ces deux critères. Pour le dire autrement, la particularité des obligations qui façonnent la fonction arbitrale n'a pas d'incidence sur les dommages ou la notion de lien de causalité, qui sont étrangers à cette fonction si spéciale. En cela, le dommage et le lien de causalité n'ont pas à être repensés mais simplement à être mobilisés. En outre, l'étude de ces conditions pourra se conduire sans tenir compte de la distinction qui irrigue la responsabilité civile, entre responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle. Certes, il existe des différences¹⁶³⁸, mais qui ne sont pas suffisamment importantes pour justifier que le lien de causalité et le dommage soient envisagés séparément pour la responsabilité de l'arbitre-cocontractant et pour celle de l'arbitre-juge.

Ceci étant précisé, la mobilisation de ces deux conditions devra se faire dans le respect des enjeux que soulève la responsabilité civile de l'arbitre, afin d'apporter une réponse cohérente. Par exemple, s'agissant de la causalité, dont on sait qu'elle est une condition qui peut compliquer ou faciliter l'engagement de la responsabilité de l'auteur d'un fait fautif, elle devra être mobilisée en conformité avec la définition retenue de la faute juridictionnelle, de façon à ce que l'impératif d'immunité, qui doit s'appliquer à l'arbitre-juge, soit maintenu.

Gardant cela en tête, nous commencerons par envisager le dommage (section 1) avant le lien de causalité (section 2).

¹⁶³⁸ Par exemple, et pour n'en citer qu'une, en matière contractuelle, seuls les dommages prévisibles seront indemnisés, tandis qu'en matière délictuelle c'est l'entier préjudice qui le sera.

Section 1 : Le dommage

454. Il est traditionnel de dire que le droit à réparation, qu'il se fonde sur la responsabilité contractuelle ou délictuelle, dépend de trois conditions cumulatives : un manquement ou une faute, un lien de causalité et un dommage¹⁶³⁹. Si la nécessité d'un dommage a pu être débattue en matière de responsabilité contractuelle¹⁶⁴⁰, en raison d'une imprécision textuelle¹⁶⁴¹ créant une incertitude alimentée par la jurisprudence¹⁶⁴², une doctrine majoritaire estime que l'existence d'un dommage est

¹⁶³⁹ En ce sens, v° F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil Les obligations*, Dalloz, 12^e édition, 2019, spé. n°828, p.889 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil Les obligations : Tome 3 Le rapport d'obligation*, Sirey, 9^e édition, 2015, spé. n°197, p.193.

¹⁶⁴⁰ En matière délictuelle, en revanche, la nécessité d'un dommage n'a jamais été mise en doute. Elle repose sur la lettre même de 1240 du Code civil, lorsqu'il énonce que « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ». La Cour de cassation veille d'ailleurs au respect de cette exigence et n'hésite pas à censurer les cours d'appel qui prononcent une condamnation au paiement de dommages-intérêts sans avoir caractérisé l'existence d'un dommage (v° par ex. Civ. 1^e, 12 septembre 2019, n°18-12.408 ; Civ. 3^e, 28 juin 2018, n°17-18.755). La doctrine majoritaire, quant à elle, ne conteste pas non plus cette exigence (v° notam. en ce sens, P. JOURDAIN, « Le préjudice demeure une condition de la responsabilité civile », *RTD Civ.*, 2004, p.294 ; P. JOURDAIN, « L'exigence d'un préjudice vaut aussi bien en matière contractuelle que délictuelle », *RTD Civ.*, 2004, p.295 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil Les obligations*, *op. cit.*, spé. n°828, p.889 ; P. LE TOURNEAU, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, v° Responsabilité : généralités, 2009, spé. n°20 ; H. BOUCARD, *Droit civil, Responsabilité contractuelle*, Dalloz, 1^e édition, 2019, spé. n°431, p.221), que certains formulent de manière très explicite : « *Point de dommage, point de réparation* » (F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil Les obligations*, Dalloz, coll. Précis Dalloz, 12^e édition, 2019, spé. n°828, p.889) ; « *le dommage tend à devenir l'alpha et l'oméga de la responsabilité civile* » (P. LE TOURNEAU, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, v° Responsabilité : généralités, 2009, spé. n°20).

¹⁶⁴¹ En énonçant que « *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts (...)* », l'article 1231-1 du Code civil ne prévoit pas clairement que l'existence d'un dommage est nécessaire pour que la responsabilité contractuelle soit engagée.

¹⁶⁴² En 2002, la Cour de cassation a affirmé, en sa troisième chambre civile, que « l'indemnisation du bailleur en raison de l'inexécution par le preneur des réparations locatives prévues au bail n'est subordonnée ni à l'exécution de ces réparations ni à la justification d'un préjudice » (Civ. 3^e, 30 janvier 2002, n°00-15.784, *Bull III*, n°17), laissant ainsi entendre que le dommage n'était pas une condition exigée pour engager la responsabilité d'un cocontractant. Procédant à un revirement de jurisprudence l'année d'après, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a jugé, dans un autre contentieux né autour d'un contrat de bail, que « des dommages-intérêts ne peuvent être alloués que si le juge, au moment où il statue, constate qu'il est résulté un préjudice de la faute contractuelle » (Civ. 3^e, 3 décembre 2003, n°02-18.033, *Bull III*, n°221). Le dommage apparaît ici clairement comme une condition de l'engagement de la responsabilité contractuelle. C'est ensuite la première chambre civile de la Cour de cassation qui est venue jeter un doute sur la nécessité d'un préjudice en jugeant, au visa de l'ancien article 1145 du Code civil, que « si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit des dommages-intérêts par le seul fait de la contravention » (Civ. 1^e, 10 mai 2005, n°02-15.910, *Bull I*, n°201). Cette solution a été réitérée par la suite (Civ. 1^e, 31 mai 2007, n°05-19.978, *Bull I*, n°212 ; Civ. 1^e, 14 octobre 2010, n°09-69.928, *Bull I*, n°197 ; Civ. 1^e, 1^{er} mars 2017, n°16-12.498). Ces décisions semblent inviter à opérer une distinction selon la nature du manquement invoqué : l'existence d'un dommage ne serait une condition d'engagement de la responsabilité contractuelle qu'en présence d'une obligation de faire, et non pas en cas de manquement à une obligation de ne pas faire (en ce sens, v° J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil Les obligations : Tome 3 Le rapport d'obligation*, *op.cit.*, spé. n°227, p.228-229). La chambre commerciale de la Cour de cassation ne semble toutefois pas adopter cette position. En effet, elle a considéré que « l'article 1145 du code civil, en sa rédaction applicable en la cause, ne dispensait pas le contractant d'établir le principe et le montant de son préjudice », de sorte qu'en l'absence de preuve d'un préjudice, la responsabilité de

une condition nécessaire à l'engagement de la responsabilité¹⁶⁴³. Cette solution nous semble également s'imposer, pour plusieurs raisons.

En premier lieu, la distinction que la jurisprudence semble opérer entre les obligations de faire, pour lesquelles la preuve d'un dommage serait nécessaire, et les obligations de ne pas faire, pour lesquelles le seul manquement pourrait suffire à engager la responsabilité de l'auteur, n'a pas été consacrée par l'ordonnance du 10 février 2016, modifiée par la loi de ratification du 20 avril 2018. En effet, le législateur n'a pas repris la distinction de l'ancien article 1101 du Code civil suivant lequel les obligations sont soit de donner, de faire, ou de ne pas faire quelque chose¹⁶⁴⁴. Cet abandon a conduit à ce que l'article 1145, fondement de la distinction jurisprudentielle, disparaisse lui aussi. La disparition du fondement textuel de la solution pourrait donc aboutir à la disparition de la solution elle-même, sous l'empire des nouveaux textes¹⁶⁴⁵. Certains auteurs souhaitent d'ailleurs que cette modification du droit invite les juges de la Cour de cassation à abandonner sa jurisprudence¹⁶⁴⁶. Le projet de réforme de la responsabilité civile va également en ce sens, en prévoyant que « *toute inexécution du*

l'auteur du manquement ne pouvait être engagée (Com., 7 mai 2019, n°18-11.128). De cet arrêt, il ressort clairement que le dommage est une condition nécessaire, y compris lorsque l'obligation est de ne pas faire. La portée de cette décision reste cependant incertaine, l'arrêt étant, d'une part, inédit et, d'autre part, rendu par une autre formation que celles qui s'étaient prononcées jusqu'alors.

¹⁶⁴³ V° notam. H. BOUCARD, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, v° Responsabilité contractuelle, 2018, spé. n°432 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil Les obligations*, op. cit., spé. n°828, p.889 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil Les obligations : Tome 3 Le rapport d'obligation*, op. cit., spé. n°227, p.227 ; P. JOURDAIN, « L'exigence d'un préjudice vaut aussi bien en matière contractuelle que délictuelle », *RTD Civ.*, 2004, p.295 ; J. COLLIOT, « Regard critique sur les effets de la responsabilité contractuelle dans la réforme de la responsabilité civile », *Revue Lamy Droit civil*, n°169, 2019, spé. n°1 ; M.-E. ROUJOU DE BOUBEE, *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, 1974, spé. p.69 et s ; P.-Y. GAUTIER, « Le propriétaire indemnisé sans avoir à prouver son dommage (suite) », *RTD Civ.*, 2002, p.321 ; P. JOURDAIN, « Réparation : le préjudice ne serait plus une condition de la condamnation à des dommages-intérêts pour violation d'une obligation de ne pas faire ! », *RTD Civ.*, 1998, p.124.

¹⁶⁴⁴ Faisant le même constat, v° L. LEVENEUR, « La condition d'un préjudice vaut aussi en cas d'inexécution d'une obligation de ne pas faire », *Contrats Concurrence Consommation*, n°8-9, août 2019, comm. 136.

¹⁶⁴⁵ En ce sens, v° F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil Les obligations*, Dalloz, 12^e édition, 2019, spé. n°829, p.890 ; D. HOUTCIEFF, « La sanction de l'inexécution d'une obligation de ne pas faire ne dispense pas de la preuve d'un préjudice », *Gazette du palais*, janvier 2020, n°1, p.32 ; H. LECUYER, « L'inexécution du contrat », *Contrats Concurrence Consommation*, n°5, mai 2016, dossier 7, spé. n°21 ; adde C.-E. BUCHER, « La clause de confidentialité ou de secret », *Contrats Concurrence Consommation*, n°8-9, août 2018, form. 8 qui, plus catégorique, estime que désormais, l'octroi de dommages et intérêts dépend de l'existence d'un préjudice, y compris pour les obligations de ne pas faire telles que l'obligation de confidentialité qui, auparavant, permettait l'engagement de la responsabilité du seul fait du manquement.

¹⁶⁴⁶ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil Les obligations*, op. cit., spé. n°829, p.890.

contrat ayant causé un dommage au créancier oblige le débiteur à en répondre »¹⁶⁴⁷. Ce texte, qui exprime très clairement l'exigence d'un dommage pour engager la responsabilité contractuelle, peut s'appliquer à l'ensemble des obligations contractuelles dès lors qu'il n'est pas fait de distinction selon la nature de l'obligation méconnue¹⁶⁴⁸.

En deuxième lieu, la solution prétorienne qui permet l'engagement de la responsabilité contractuelle en l'absence de dommage revient à consacrer la possibilité de prononcer des dommages et intérêts ayant pour seule fonction de sanctionner l'inexécution. En effet, il ne s'agirait plus, dans ces hypothèses, de réparer un gain manqué ou une perte subie, mais simplement de sanctionner un manquement contractuel. Cela reviendrait donc à reconnaître l'existence de dommages et intérêts punitifs¹⁶⁴⁹, c'est-à-dire à admettre que des dommages et intérêts soient prononcés indépendamment du dommage que le comportement sanctionné a causé, et de tout objectif de réparation. Or, en l'état du droit positif, les dommages et intérêts punitifs sont proscrits en droit français de la responsabilité civile¹⁶⁵⁰. C'est la raison pour laquelle certains auteurs font valoir que le fait de ne pas exiger un dommage pour engager la responsabilité contractuelle serait contraire à la vision française de la responsabilité civile¹⁶⁵¹ en ce qu'elle remet en cause ses conditions classiques¹⁶⁵² et ses principes¹⁶⁵³.

¹⁶⁴⁷ Article 1250 du projet de réforme de la responsabilité civile, présenté par la Chancellerie le 13 mars 2017.

¹⁶⁴⁸ En ce sens, Monsieur Borghetti a pu énoncer : « En distinguant l'inexécution contractuelle du dommage qu'elle cause, le texte laisse entendre que la simple non-obtention de la prestation promise ne constitue pas en tant que telle un dommage et n'appelle donc pas réparation. Tranchant un débat doctrinal et jurisprudentiel persistant, l'avant-projet prend aussi parti contre la thèse selon laquelle les dommages et intérêts contractuels auraient avant tout une fonction d'exécution par équivalent. Il consacre, au contraire, une conception purement réparatrice de ces dommages et intérêts, qui subordonne leur octroi à la preuve d'un dommage causé par l'inexécution contractuelle, et donc distinct de celle-ci » (J.-S. BORGHETTI, « L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile (1) Commentaires des principales dispositions », D., 2016, p.1442, spé. n°29).

¹⁶⁴⁹ En ce sens, v° O. PIGNATARI, « Préjudice automatiquement causé par la violation d'une obligation de ne pas faire : bis repetita », *Revue Lamy Droit civil*, n°81, 2011 ; J.-P. GRIDEL, Y.-M. LAITHIER, « Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur : état des lieux », *JCP G*, n°21, 2008, doct. 143, spé. n°37.

¹⁶⁵⁰ Un commentateur a pu regretter que de tels dommages, ou au moins des dommages confiscatoires pour les fautes lucratives, ne soient pas prévus dans l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile (Y.-M. LAITHIER, « Les sanctions de l'inexécution du contrat », *RDC*, 2016, p.39). Le projet de réforme de la responsabilité civile prévoit, en son article 1266-1, une amende civile qui peut se rapprocher d'une vision des dommages et intérêts punitifs, mais pour la seule matière extracontractuelle (en ce sens, P. BRUN, « Premiers regards sur l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile », *Revue Lamy Droit civil*, n°140, 2016, spé. n°28).

¹⁶⁵¹ J.-P. GRIDEL, Y.-M. LAITHIER, « Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur : état des lieux », *JCP G*, n°21, 2008, doct. 143, spé. n°37 ; Monsieur Jourdain a souligné que

En troisième lieu, l'application pratique de la solution qui n'exige un dommage qu'en présence d'une obligation de faire s'avère particulièrement malaisée, notamment en matière de responsabilité arbitrale. En effet, la distinction opérée par la jurisprudence suppose de pouvoir précisément distinguer les obligations de faire de celle de ne pas faire¹⁶⁵⁴. S'agissant des obligations contractuelles de l'arbitre, peuvent être classées parmi les obligations de faire celles d'organiser matériellement l'instance, de respecter les délais de l'arbitrage, et de révélation. Tout manquement à ces obligations supposerait la démonstration d'un dommage pour engager la responsabilité de l'arbitre. À l'inverse, l'obligation de confidentialité, qui impose à l'arbitre de ne pas révéler certaines informations confidentielles, implique un comportement négatif qui permet de la classer parmi les obligations de ne pas faire. Tout manquement à cette obligation suffirait à engager la responsabilité de l'arbitre, indépendamment du dommage causé. Or, il est une obligation dont le classement s'avère délicat : l'obligation de participer à la constitution du tribunal arbitral. En effet, on a vu que cette obligation impliquait à la fois un comportement positif, l'arbitre devant rechercher des personnes susceptibles d'être désignées pour compléter la formation du tribunal, et un comportement négatif, l'arbitre devant s'abstenir d'entraver sans raison valable le processus de constitution du tribunal arbitral¹⁶⁵⁵. Faut-il alors considérer que l'obligation de participer à la constitution du tribunal arbitral est à la fois une obligation de faire et une obligation de ne pas faire, pour englober ses deux aspects ? Une telle

reconnaître une responsabilité sans dommage devrait conduire à assimiler les dommages et intérêts qui seraient alors prononcés à des dommages et intérêts punitifs qui ne sont pas admis dans notre droit (P. JOURDAIN, « L'exigence d'un préjudice vaut aussi bien en matière contractuelle que délictuelle », *RTD Civ.*, 2004, p.295).

¹⁶⁵² En ce sens, v° B. FAGES, « Sanctions de l'inexécution d'une obligation de ne pas faire », *RTD Civ.*, 2010, p.781. Pour expliquer une telle solution, qui apparaît si contraire « *aux grands principes de notre droit* », un auteur a proposé de considérer le dommage est en réalité présumé dans l'hypothèse d'un manquement à une obligation de ne pas faire (A. MAIROT, « L'obligation de ne pas faire, une obligation originale », *Revue Lamy Droit civil*, n°90, 2012, spé. n°20). Cette tentative d'explication peine à convaincre, dans la mesure où rien, dans les décisions prétorienne, ne permet d'identifier une quelconque allusion à une présomption de dommage. Elle présente toutefois le mérite de montrer à quel point ces solutions sont choquantes au regard du droit positif ; parce qu'il apparaît impossible que la jurisprudence ait considéré que la responsabilité contractuelle pouvait être engagée en l'absence de dommage, il faut trouver l'explication de cette solution prétorienne ailleurs.

¹⁶⁵³ B. FAGES, « Contravention à une obligation de ne pas faire et clause de non-concurrence », *RTD Civ.*, 2007, p.568.

¹⁶⁵⁴ Soulignant cette difficulté, v° C. BOILLOT, « L'obligation de ne pas faire : étude à partir du droit des affaires », *RTD Com.*, 2010, p.243, spé. n°15-16-17 ; C. LISANTI, « Sanction de l'inexécution de l'obligation de ne pas faire », *D.*, 2007, p.2784.

¹⁶⁵⁵ V° *supra*, n°432 et s.

solution aboutirait à engager la responsabilité de l'arbitre à des conditions différentes pour un manquement à une même obligation. La cohérence du régime de responsabilité en pâtirait : il n'est évidemment pas souhaitable d'appliquer deux régimes de responsabilité différents pour une même obligation. Cela aboutirait à des dommages et intérêts de montants potentiellement très différents selon le comportement reproché : suivant que l'obligation de participer à la constitution du tribunal arbitral aurait été violée dans son acception positive ou dans son acception négative, le dommage représenterait, ou non, la mesure de la réparation accordée aux victimes. Du reste, le fait de ne pas exiger la démonstration d'un dommage pour engager la responsabilité en cas de manquement à une obligation de ne pas faire rend particulièrement difficile¹⁶⁵⁶ l'évaluation du montant des dommages et intérêts¹⁶⁵⁷. Les manquements à l'obligation de confidentialité et à l'obligation de participer à la constitution du tribunal arbitral, dans son aspect négatif, pourraient alors être très sévèrement ou, à l'inverse, très légèrement sanctionnés, si la mesure de l'indemnisation ne s'opère pas en fonction du dommage à réparer. En outre, l'appréciation du montant des dommages et intérêts relevant du pouvoir souverain des juges du fond, la question de l'indemnisation échapperait au contrôle de la Cour de cassation et pourrait alors donner lieu à une casuistique importante d'un tribunal à l'autre, sans que l'évaluation ne s'opère sur la base d'un critère unifié. La difficulté est moindre quand le montant des dommages et intérêts est fixé en fonction du dommage à réparer, même si l'évaluation de ce dommage peut également donner lieu à des appréciations disparates¹⁶⁵⁸.

455. Tous ces éléments nous poussent à tenir pour acquise la nécessité de caractériser un dommage pour engager la responsabilité de l'arbitre. Cette condition de la responsabilité, que l'on désignera indifféremment sous le terme de dommage ou de

¹⁶⁵⁶ Madame Boillot parle d' « une difficulté matérielle considérable » (C. BOILLOT, « L'obligation de ne pas faire : étude à partir du droit des affaires », *RTD Com.*, 2010, p.243, spé. n°14).

¹⁶⁵⁷ Soulignant cette difficulté, v° B. FAGES, « Sanctions de l'inexécution d'une obligation de ne pas faire », *RTD Civ.*, 2010, p.781 ; A. MAIROT, « L'obligation de ne pas faire, une obligation originale », *Revue Lamy Droit civil*, n°90, 2012, spé. n°14 ; B. FAGES, « Contravention à une obligation de ne pas faire et clause de non-concurrence », *RTD Civ.*, 2007, p.568 ; J.-P. GRIDEL, Y.-M. LAITHIER, « Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur : état des lieux », *JCP G*, n°21, 2008, doct. 143, spé. n°37 ; L. LEVENEUR, « Violation de la clause : des dommages et intérêts sont-ils dus nonobstant l'absence de préjudice ? », *Contrats Concurrence Consommation*, n°10, 2017, comm. 230 ; B. FAGES, « Sanctions de l'inexécution d'une obligation de ne pas faire », *RTD Civ.*, 2010, p.781.

¹⁶⁵⁸ C'est sûrement la conscience de ces difficultés qui fait que le législateur, dans son projet de réforme de la responsabilité civile, a prévu en son article 1266-1 des dispositions pour la fixation du montant de l'amende civile, laquelle serait une forme de dommages et intérêts punitifs, pour faute lucrative.

préjudice, même si ces deux notions devraient, selon certains, être distinguées¹⁶⁵⁹, renvoie à l'atteinte morale ou matérielle subie par la victime. Pour que cette atteinte soit réparée, encore faut-il qu'elle soit réparable, c'est-à-dire qu'elle figure au rang des dommages dont le droit admet la réparation. La question du dommage réparable (§1) devra donc être explorée dans un premier temps, avant que puisse être envisagée la question de la réparation proprement dite (§2).

§1) Le dommage réparable

Seuls certains dommages sont indemnisables. Leur détermination présente des similarités entre les responsabilités contractuelle et délictuelle. En effet, tant les caractères du dommage réparable (A) que la typologie (B) sont communs aux deux régimes de responsabilité.

A) Les caractères du dommage réparable

456. Les caractères du dommage font l'objet d'un consensus doctrinal¹⁶⁶⁰, du moins quant au fait qu'ils sont les mêmes, qu'il s'agisse de responsabilité délictuelle ou

¹⁶⁵⁹ Pour des auteurs se positionnant en ce sens, v° M. MEKKI, « La place du préjudice en droit de la responsabilité civile », in *le préjudice entre tradition et modernité*, Assc. H. Capitant, Journées franco-japonaises, 2013, spé p.10 ; C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité extra-contractuelle*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2008, spé. n°120, p.125-128 ; M. LE ROY, « La réparation des dommages en cas de lésions corporelles : préjudice d'agrément et préjudice économique », *D.*, 1979, p.49 ; L. CADIET, « Les métamorphoses du préjudice », in *Les métamorphoses de la responsabilité* PUF, 1997, p.63 ; C. GUILLEMAIN, *Le trouble en droit privé*, PUAM 2000, spé. n°18 et s., p.19 et s. ; H. BOUCARD, *Répertoire de droit civil*, Dalloz v° Responsabilité contractuelle, 2018, spé. n°433 ; J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », in *Etudes offertes à Geneviève Viney, Liber amicorum*, LGDJ, 2008, p.145 ; P. JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, Dalloz, 9^e édition, 2014, spé. p.131 ; Le projet de loi de réforme de la responsabilité civile semble opérer cette distinction puisqu'il énonce en son article 1235 « Est réparable tout préjudice certain résultant d'un dommage et consistant en la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extrapatrimonial ».

En revanche, d'autres auteurs ne font pas la distinction entre dommage et préjudice (en ce sens, v° notam. F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil Les obligations, op. cit.*, spé. n°828, p.889). De même, cette distinction n'est pas faite, du moins pas systématiquement, en jurisprudence. En effet, on trouve de nombreuses décisions dans lesquelles la Cour de cassation évoque la notion de préjudice au sens de la notion de dommage, c'est-à-dire au sens du gain manqué ou de la perte subie, et non comme la conséquence de celle-ci (pour des illustrations en ce sens, v° notam. Civ. 3^e, 28 mai 2020, n°18-24.401 ; Civ. 2^e, 28 mai 2020, n°19-11.815, *Bull II*, n°142 ; Civ. 2^e, 28 mai 2020, n°18-24.895 ; Civ. 1^e, 13 mai 2020, n°18-24.850, *Bull I*, n°171 ; Crim., 1^{er} avril 2020, n°18-85.623).

¹⁶⁶⁰ Pour des auteurs considérant que les caractères du dommage sont les mêmes tant en matière contractuelle que délictuelle, v° F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil Les obligations, op. cit.*, spé. n°830, p.890 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil Les obligations : Tome 3 Le rapport d'obligation, op. cit.*, spé. n°229, p.231 ; P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, Dalloz, 11^e édition, 2018-2019, spé. p.511 et s., n°2123 et s.

contractuelle. Pour être indemnisable, le dommage doit être, dit-on traditionnellement¹⁶⁶¹, direct, actuel et certain. Certains ajoutent¹⁶⁶² qu'il doit être légitime¹⁶⁶³ ou licite¹⁶⁶⁴.

Le caractère direct se confond avec l'exigence d'un lien de causalité car il renvoie à l'idée que seuls sont indemnisables les dommages qui sont liés à la faute, qui sont « *causé[s] par la faute* »¹⁶⁶⁵. Ainsi, chaque fois qu'il sera possible de montrer que la faute est liée au dommage, c'est que le dommage sera direct¹⁶⁶⁶. Il n'est dès lors pas utile d'étudier cette question du lien entre la faute et le dommage deux fois : une fois au titre du dommage direct et une fois au titre de la causalité. Aussi, nous aborderons cette question lors de l'étude du lien de causalité.

Le caractère actuel, quant à lui, se confond avec le caractère certain, au point que son autonomie peut être mise en doute, justifiant là encore qu'il ne soit pas consacré d'étude autonome à ce caractère actuel¹⁶⁶⁷.

C'est donc seulement sur les caractères certain (1) et légitime (2) du dommage qu'il convient de s'attarder¹⁶⁶⁸.

1. Le caractère certain

¹⁶⁶¹ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil Les obligations : Tome 3 Le rapport d'obligation*, *op. cit.*, spé. n°229, p.231.

¹⁶⁶² Certains auteurs ajoutent également qu'il doit être personnel. Toutefois, ils précisent aussi que ce caractère se confondant avec l'intérêt à agir de la victime, il n'est pas utile de l'étudier dans les caractères du dommage (P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, LGDJ, Coll. droit civil, 11e édition, 2020, spé. n°155, p.144).

¹⁶⁶³ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil Les obligations*, *op. cit.*, spé. n°927 et s., p.1010 et s.

¹⁶⁶⁴ P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, Dalloz, 11e édition, 2018-2019, spé. p.511, n°2123.10 ; P. LE TOURNEAU, *Répertoire de droit civil*, v° Responsabilité : généralités, 2009, spé. n°23.

¹⁶⁶⁵ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil Les obligations : Tome 2 Le fait juridique*, *op. cit.*, spé. n°136, p.162 ; dans le même sens, v° P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.*, spé. n°155, p.144.

¹⁶⁶⁶ Traditionnellement, la mention du caractère direct du dommage est l'occasion pour les auteurs de préciser que ce caractère ne s'oppose pas à l'indemnisation du préjudice par ricochet, c'est-à-dire celui qui est subi par une victime « médiate ». C'est alors la victime qui est indirecte, et non le dommage lui-même, ce qui explique que l'exigence d'un dommage direct ne s'oppose pas à la prise en compte du dommage par ricochet. Cette notion pourrait tout à fait trouver à s'appliquer en matière arbitrale : on pourrait imaginer que des personnes en lien avec les parties à l'arbitrage subissent un préjudice par ricochet. Par exemple, une société mère dont la société fille serait partie à un arbitrage qui aurait été révélé pourrait subir un préjudice d'image en lien direct avec la révélation de l'existence de l'arbitrage.

¹⁶⁶⁷ V° *infra*, n°457.

¹⁶⁶⁸ Le projet de réforme de la responsabilité civile n'envisage d'ailleurs que ces deux caractères lorsqu'il énonce, en son article 1235 relatif au préjudice réparable et commun aux responsabilités contractuelle et extracontractuelle : « *est réparable tout préjudice certain résultant d'un dommage et consistant en la lésion d'un intérêt licite patrimonial ou extrapatrimonial* ».

457. Le caractère certain du dommage serait le caractère essentiel que doit recouvrir un dommage pour être indemnisable et, ce, aussi bien en matière contractuelle que délictuelle¹⁶⁶⁹. Ce caractère implique que, pour que le dommage puisse être indemnisé, il ne doit pas exister de doute sur sa réalité¹⁶⁷⁰. Autrement dit, la certitude touche directement à l'existence même du dommage¹⁶⁷¹.

L'application de ce critère conduit à rejeter l'indemnisation des préjudices simplement éventuels. La Cour de cassation contrôle que les dommages indemnisés présentent bien ce caractère et n'hésite pas à censurer les décisions des juges du fond dans lesquelles ces derniers prononcent l'indemnisation de préjudices simplement éventuels, c'est-à-dire incertains¹⁶⁷². Pour autant, le dommage futur peut être indemnisé, si sa survenance est certaine¹⁶⁷³. Le projet de réforme de la responsabilité civile prévoit d'ailleurs de maintenir cette solution, aussi bien pour la responsabilité contractuelle que délictuelle, en énonçant en son article 1236 : « *Le préjudice futur est réparable lorsqu'il est la prolongation certaine et directe d'un état de choses actuel* ». Ainsi, l'exigence d'un dommage certain s'oppose seulement à la réparation d'un dommage éventuel, mais non à celle d'un dommage futur.

Par ailleurs, le caractère certain ne s'oppose pas à l'indemnisation de la perte de chance, entendue comme une éventualité favorable, dès lors que celle-ci est réelle et sérieuse. Cela se retrouve aussi bien en matière contractuelle que délictuelle. En effet, la Cour de cassation considère que toute perte de chance¹⁶⁷⁴ peut constituer un dommage certain et, partant, indemnisable¹⁶⁷⁵. Là encore, la solution est maintenue par le projet de réforme de la responsabilité civile, en son article 1238¹⁶⁷⁶.

¹⁶⁶⁹ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil Les obligations : Tome 3 Le rapport d'obligation, op. cit.*, spé. n°229, p.231.

¹⁶⁷⁰ En ce sens, v° J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil Les obligations : Tome 2 Le fait juridique, op. cit.*, spé. n°137, p.163 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil Les obligations, op. cit.*, spé. n°923, p.1004 ; P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, LGDJ, Coll. droit civil, 11e édition, 2020, spé. n°155, p.144.

¹⁶⁷¹ G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité, op. cit.*, spé. n°275, p.82.

¹⁶⁷² Pour des illustrations en ce sens, v° notam. en matière contractuelle : Com., 13 février 2019, n°17-14.785, *Bull IV*, n°80 ; Civ. 3e, 16 mars 2017, n°15-12.384, *Bull III*, n°39 ; Civ. 3e, 24 mars 2016, n°14-29.529 ; en matière délictuelle : Civ. 2e, 8 octobre 2009, n°08-14.636 ; Civ. 2e, 25 juin 2009, n°08-12.444).

¹⁶⁷³ Civ. 3e, 2 juin 2016, n°15-16.967, *Bull III*, n°73 ; Civ. 2e, 16 décembre 2004, n°03-15.595.

¹⁶⁷⁴ Se prononçant en ce sens, v° Civ. 1e, 24 juin 2020, n°19-17.071.

¹⁶⁷⁵ Pour des illustrations de décisions dans laquelle la Cour de cassation se prononce en faveur de l'indemnisation d'une perte de chance, v° Civ. 1e, 1er juillet 2020, n°19-50.028 ; Civ. 2e, 29 juin 2017, n°16-22.211 ; Civ. 3e, 10 juin 1998, n°96-20.480.

¹⁶⁷⁶ L'article 1238, alinéa 1er, du projet de réforme de la responsabilité énonce : « Seule constitue une perte de chance réparable, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable ».

458. À côté de ce caractère certain, il est parfois fait mention de l'exigence d'un caractère actuel du dommage¹⁶⁷⁷. L'utilisation de ces deux termes différents, certain et actuel, pourrait conduire à penser qu'ils recouvrent deux exigences distinctes. Il nous semble cependant que le caractère actuel n'est qu'un renforcement du caractère certain¹⁶⁷⁸ : il implique que le dommage doit être présent, non pas au moment où le juge statue, mais au moment où il survient. Or, si le dommage est actuel, donc déjà advenu, cela implique nécessairement qu'il est certain, c'est-à-dire indubitable dans son existence. Dès lors, le caractère actuel n'apporte pas grand-chose à la certitude, et il ne semble donc pas nécessaire de le maintenir en tant que critère du dommage distinct de celui de la certitude. Cela apparaît d'autant moins nécessaire que le dommage futur peut être indemnisé, pourvu qu'il soit certain. L'exigence de l'actualité du dommage n'en est donc pas vraiment une.

459. Ainsi entendu, le caractère certain du dommage s'applique sans difficulté en matière d'arbitrage. En effet, l'arbitre peut être amené à réparer un préjudice d'ordre matériel ou moral qu'il aura causé indépendamment ou consécutivement à l'annulation de la sentence arbitrale.

460. En premier lieu, des préjudices matériels ou moraux¹⁶⁷⁹ peuvent être subis par les parties sans que la sentence n'ait été annulée. Les préjudices d'ordre matériel correspondent le plus souvent aux frais déboursés inutilement par les parties. On pense par exemple aux frais de déplacement ou de représentation supplémentaires assumés par les parties à la suite d'un manquement de l'arbitre à son obligation d'organiser matériellement l'instance, impliquant de reprogrammer les audiences prévues initialement. Des frais de représentation supplémentaires pourraient également être occasionés dans l'hypothèse où l'arbitre aurait, par sa faute, entraîné un allongement des délais de la procédure tout en obtenant une ou plusieurs prorogations de l'instance, faisant ainsi échapper sa sentence à la nullité. Enfin, on pense également aux frais de traduction ou d'équipement consécutifs à un manquement de l'arbitre à son obligation

¹⁶⁷⁷ Les juges évoquent parfois le préjudice certain et actuel (pour des illustrations, v° notam. Civ. 3^e, 12 mars 2020, n°19-10.458 ; Civ. 3^e, 7 mars 2019, n°18-10.975 ; Civ. 3^e, 28 juin 2018, n°17-18.755 ; Com., 31 mai 2016, n°14-29.976 ; Civ. 3^e, 28 janvier 2014, n°12-28.781 ; Soc., 30 mars 2011, n°09-69.515).

¹⁶⁷⁸ En ce sens, v° J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil Les obligations : Tome 2 Le fait juridique*, op. cit., spé. n°137, p.163 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil Les obligations*, op. cit., spé. n°923, p.1004.

¹⁶⁷⁹ Pour un développement plus approfondi, v° *infra* n°464 et s.

d'organiser matériellement l'instance, lorsque les parties lui avaient confié cette tâche. S'agissant des préjudices d'ordre moral, ils tiendront le plus souvent dans un préjudice d'image ou de réputation résultant d'un manquement de l'arbitre à son obligation de confidentialité ou à celle de respecter le secret du délibéré.

Ces préjudices pourront être indemnisés dans leur totalité ou seulement en partie si le manquement de l'arbitre a simplement fait perdre une chance aux parties de ne pas subir le préjudice en cause¹⁶⁸⁰. A ce sujet, il est une perte de chance dont l'indemnisation suscite davantage de difficultés : celle d'obtenir une décision plus favorable. En effet, la possibilité d'indemniser la perte de chance des parties d'obtenir une décision plus favorable est débattue. Une telle perte de chance pourrait être invoquée par les parties lorsque l'arbitre a commis une faute mais que sa sentence y a survécu. Cela pourrait, par exemple, être le cas lorsqu'un arbitre a manqué à son obligation de révélation sans pour autant que ce manquement fasse naître un doute suffisant sur son indépendance ou son impartialité pour entraîner la nullité de la sentence¹⁶⁸¹. Dans une telle situation, il est incontestable¹⁶⁸² que le manquement à l'obligation de révélation aura fait perdre aux parties une chance de désigner un autre arbitre que celui qui a tranché leur litige. L'une des parties pourrait alors soutenir qu'elle a perdu une chance d'obtenir une décision plus favorable. Pour Monsieur Stoffel-Munck¹⁶⁸³ et Madame Jandard¹⁶⁸⁴, qui évoquent la perte de chance des parties d'avoir été « *autrement et mieux jugées* », ce préjudice n'est pas indemnisable pour trois raisons.

¹⁶⁸⁰ En ce sens, Madame Jandard soutient que chaque violation d'obligation par l'arbitre entraîne la perte de chance de voir cette obligation respectée (L. JANDARD, *op. cit.*, n°333, p.345).

¹⁶⁸¹ Le défaut de révélation peut conduire à la nullité de la sentence soit pour constitution irrégulière du tribunal, sur le fondement de l'article 1520, 2°, du Code de procédure civile, soit pour contrariété de la sentence à l'ordre public international, sur le fondement de l'article 1520, 5° (en ce sens, v° C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, spé. n°755, p.748). Si le fondement n'est pas encore absolument certain, la jurisprudence n'a pas hésité à prononcer la nullité de la sentence pour manquement à l'obligation de révélation, à plusieurs reprises (en ce sens, v° CA Paris, 28 octobre 1999, *Rev. arb.*, 1996, note P. FOUCHARD ; CA Paris, 17 février 2005, *Rev. arb.*, 2005, note M.HENRY ; CA Paris, 29 janvier 2004, *JCP G* 2004, I, 179, n°5, note C. SERAGLINI). Cependant, les conditions pour que cette nullité soit prononcée ont évolué. En effet, dans un premier temps, la nullité était prononcée automatiquement : le seul défaut de révélation suffisait à entraîner la nullité de la sentence (Civ. 2^e, 6 décembre 2001, n°00-10.711). Dans un second temps, les juridictions ont modifié leur position puisqu'elles ne prononcent aujourd'hui la nullité que si le manquement à l'obligation de révélation induit un doute raisonnable sur l'indépendance ou l'impartialité de l'arbitre (plusieurs décisions semblent retenir plutôt cette approche ; en ce sens, v° CA Paris, 11 mars 2011, *Les cahiers de l'arbitrage*, 2011, p.787, note M. HENRY ; Civ. 1^e, 16 décembre 2015, n°14-26.279). Il en résulte qu'en l'état de la jurisprudence, un manquement à l'obligation de révélation, s'il ne crée pas un doute raisonnable sur l'indépendance ou l'impartialité de l'arbitre, ne conduit pas à la nullité de la sentence.

¹⁶⁸² En ce sens, v° P. STOFFEL-MUNCK, « La responsabilité de l'arbitre », *op. cit.*, p. 1123, spé. n°50, p. 1140.

¹⁶⁸³ P. STOFFEL-MUNCK, « La responsabilité de l'arbitre », *op. cit.*, spé. n°50-55, p. 1140-1142.

¹⁶⁸⁴ L. JANDARD, *op. cit.*, spé. n°335, p.347-348.

D'abord, il serait dérangeant d'indemniser un préjudice alors même que la sentence aurait survécu à la faute de l'arbitre. Ensuite, la preuve du lien de causalité entre le manquement de l'arbitre à son obligation et la perte de chance d'avoir été « *autrement et mieux jugé* » serait compliquée. Enfin, pour être caractérisée, la perte de chance nécessite de démontrer que les parties auraient obtenu une sentence plus favorable à leurs intérêts si aucune faute n'avait été commise. Pour cela, il faudrait demander aux juges de rejuger l'affaire. Or, cela serait contraire au principe de « *quasi-immunité* »¹⁶⁸⁵ que connaît l'arbitre.

Nous nous montrons plus réservé sur l'exclusion de cette perte de chance. D'abord, selon nous, les conditions de validité de la sentence et les conditions d'engagement de la responsabilité ne doivent pas être liées. S'il est vrai que certaines obligations peuvent être sanctionnées tant sur le terrain de la nullité de la sentence que sur celui de la responsabilité de l'arbitre – on pense par exemple à la violation du principe du contradictoire¹⁶⁸⁶ –, on ne peut en déduire que la nullité de la sentence est une condition d'engagement de la responsabilité de l'arbitre. Ainsi, nous ne serions pas ému, au contraire, de voir un arbitre engager sa responsabilité alors même que la sentence survivrait à son comportement. C'est même précisément ce qu'il devrait se produire lorsqu'un arbitre aura manqué à son obligation de révélation mais que ce manquement, n'entraînant pas un doute raisonnable sur son indépendance et son impartialité, ne conduira pas à la nullité de la sentence. Ensuite, la preuve du lien de causalité entre le manquement et la perte de chance est certes déterminante pour que l'indemnisation de cette perte de chance soit prononcée. Pour autant la difficulté de rapporter une telle preuve ne suffit pas à exclure la possibilité de principe d'indemniser un tel préjudice. La question de la preuve du lien de causalité est donc, à notre sens, étrangère au débat de l'admission ou non d'un préjudice résultant de la perte de chance d'être « *autrement et mieux jugé* », ou d'obtenir une décision plus favorable. Enfin, la nécessité de rapporter la preuve que la sentence aurait été plus favorable sans la faute ne nous semble pas remettre en cause l'immunité de l'arbitre et ce, pour deux raisons. D'abord, la perte de chance d'obtenir une décision plus favorable, qui suppose que la sentence ait survécu à la faute de l'arbitre, ne nous paraît pouvoir découler que d'un

¹⁶⁸⁵ L'expression est empruntée à Monsieur Stoffel-Munck (P. STOFFEL-MUNCK, « La responsabilité de l'arbitre », *op. cit.*, spé. n°51, p. 1141).

¹⁶⁸⁶ Rappelons toutefois que pour qu'elle soit cause de responsabilité de l'arbitre, la violation du contradictoire doit se coupler avec une violation de l'obligation de l'indépendance ou de l'impartialité.

manquement contractuel¹⁶⁸⁷. Or, en matière de responsabilité contractuelle, l'arbitre n'est pas couvert par un principe d'immunité. Ensuite, quand bien même on retiendrait une définition moins libérale de la faute lourde juridictionnelle, il reste que c'est la définition du fait générateur de responsabilité, et non celle du préjudice indemnisable, qui délimite l'étendue du principe d'immunité. Le dommage est, selon nous, étranger à la problématique de l'immunité. Il ne s'agit pas ici d'indemniser la perte de chance d'être mieux jugé quelle que soit la faute, mais uniquement d'indemniser la perte de chance d'être mieux jugé lorsque l'arbitre a commis une faute juridictionnelle de nature à engager sa responsabilité. Finalement, rien ne nous semble s'opposer à ce que soit indemnisée la perte de chance pour les parties d'obtenir une sentence plus favorable. Cependant, pour qu'une telle perte de chance soit démontrée, il faudra que les parties prouvent que, sans la faute commise, la décision aurait été différente, et plus favorable à leurs prétentions.

461. En second lieu, l'arbitre pourra également être amené à indemniser les préjudices consécutifs à l'annulation de la sentence à laquelle aura conduit sa faute. L'annulation sera par exemple encourue lorsque l'arbitre aura violé le principe de la contradiction, les obligations d'indépendance et d'impartialité, ou de révélation¹⁶⁸⁸, ou encore lorsqu'il aura laissé expirer les délais de l'arbitrage sans solliciter de prolongation. Dans de telles hypothèses, l'arbitre pourra être condamné au remboursement des frais de l'arbitrage qui ont été définitivement perdus¹⁶⁸⁹. Cela vise en particulier les honoraires des arbitres, ainsi que le coût de l'organisation de l'arbitrage (frais de déplacements des parties, frais éventuels de traduction ...). En revanche, on peut s'interroger sur le caractère certain de la perte des frais d'avocats et des frais d'expertise engendrés par l'instance. En effet, on peut tout à fait imaginer que les parties décident d'introduire une nouvelle instance arbitrale dans laquelle les dires d'expert mais aussi les écritures d'avocats pourront être réutilisés. On peut même

¹⁶⁸⁷ En effet, la faute lourde juridictionnelle, au sens où nous proposons de la retenir, sera systématiquement sanctionnée et par la responsabilité de l'arbitre et par la nullité de la sentence, puisqu'elle repose sur un manquement à l'obligation d'indépendance ou d'impartialité. Or, le défaut d'indépendance ou d'impartialité entraîne la nullité de la sentence sur le fondement de l'article 1520, 2° du Code de procédure civile.

¹⁶⁸⁸ Lorsque le manquement aura entraîné un doute raisonnable sur son indépendance ou impartialité (sur ce point, v° *infra*, note de bas de page n°1845).

¹⁶⁸⁹ En ce sens, v° P. STOFFEL-MUNCK, « La responsabilité de l'arbitre », *op. cit.*, p. 1123, spé. n°49, p. 1140 ; L. JANDARD, *op. cit.*, spé. n°333, p.345 ; J.-S. BORGHETTI, « La dualité du régime de la responsabilité de l'arbitre », *Rev. arb.*, 2016, p. 493, spé. n°31, p.520.

imaginer que la tournure de la procédure arbitrale ait conduit les parties à choisir de transiger et que les dires d'expert et les écritures aient été déterminants dans une telle transaction. Dans ces hypothèses, les frais déboursés pour les conclusions et les expertises n'auraient pas été véritablement perdus, de sorte qu'il ne s'agirait pas de dommages certains indemnisables. Seuls les frais que devraient déboursier les parties pour faire actualiser leurs écritures en cas de nouvelle instance arbitrale constitueraient alors des dommages certains consécutifs à l'annulation de la sentence.

Outre la perte des frais déboursés, l'annulation d'une sentence par suite d'une faute de l'arbitre entraînera des pertes de chance indemnisables. Ainsi, l'arbitre pourrait être condamné au paiement de la perte de chance d'obtenir une sentence valide¹⁶⁹⁰. Cette chance est définitivement perdue même lorsqu'il est encore possible pour les parties de faire trancher leur contentieux. Pourrait-il également être condamné à indemniser la perte de chance d'obtenir une décision favorable ? La réponse nous semble pouvoir être positive¹⁶⁹¹, dans l'hypothèse où il est certain qu'aucune nouvelle procédure arbitrale ne peut voir le jour. De la même façon, les parties pourraient être indemnisées de la perte de chance d'obtenir le gain qu'avait procuré la sentence annulée. Là encore, il faudra cependant s'assurer que la chance a été définitivement perdue. C'est ce que la cour d'appel de Paris a très justement considéré dans sa décision *Banque Delubac*. Dans cette décision, une partie, qui avait fini par transiger, s'était retournée contre les arbitres pour obtenir l'indemnisation de la perte de chance d'obtenir le différentiel entre la somme prononcée dans la sentence annulée et la somme obtenue par la transaction. La cour d'appel a refusé d'indemniser cette perte de chance en relevant que « *la banque était en mesure de réitérer [sa demande] devant le juge de l'annulation statuant au fond* »¹⁶⁹². Autrement dit, la partie avait choisi de transiger alors qu'elle n'y était pas contrainte, de sorte que la perte de chance d'obtenir le gain de la procédure annulée n'était pas la conséquence de la faute de l'arbitre mais celle de la décision des parties de transiger. En revanche, on peut penser que si la perte de chance d'obtenir le gain de la procédure annulée résulte de la faute de l'arbitre, alors cette perte de chance pourrait être indemnisée¹⁶⁹³.

¹⁶⁹⁰ En ce sens, v° L. JANDARD, *op. cit.*, spé. n°333, p.345.

¹⁶⁹¹ Se prononçant également en ce sens, v° L. JANDARD, *op. cit.*, spé. n°333, p.345 ; P. STOFFEL-MUNCK, « La responsabilité de l'arbitre », *op. cit.*, p. 1123, spé. n°45, p. 1139.

¹⁶⁹² CA Paris, 31 mars 2015, n°14-05436.

¹⁶⁹³ Monsieur Stoffel-Munck considère également que la perte de chance d'obtenir une solution favorable ne pourra être indemnisée que lorsque les parties ne pourront plus ouvrir une nouvelle instance. Il

Tout cela montre que, chaque fois que la faute de l'arbitre aura conduit à l'annulation de la sentence, les parties pourront solliciter l'indemnisation de leurs préjudices certains consistant non seulement dans les pertes financières subies à l'occasion de l'instance arbitrale, mais aussi dans les pertes de chance d'obtenir une sentence favorable ou un gain accordé par la sentence. Autrement dit, l'arbitre pourra être condamné à indemniser des dommages et intérêts qui dépassent le seul montant de ses honoraires¹⁶⁹⁴.

À l'exigence d'un dommage certain s'ajoute celle du caractère légitime du dommage.

2. *Le caractère légitime*

462. Le caractère légitime du dommage invite à considérer que pour être indemnisable le préjudice doit correspondre à un intérêt juridiquement protégé. L'idée est ici de ne pas permettre l'indemnisation de préjudices liés à des situations irrégulières¹⁶⁹⁵. Messieurs Terré, Simler, Lequette et Chénéde ont souligné que ce caractère se confond avec la licéité du dommage. Le projet de réforme de la responsabilité civile semble également aller en ce sens lorsqu'il vise, en son article 1235, « *la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extrapatrimonial* ».

463. L'application de ce critère à l'arbitrage devrait, selon nous, exclure la réparation des préjudices subis par les parties qui se sont livrées à un arbitrage en vue de réaliser une infraction pénale, telle que le blanchiment d'argent, ou encore des préjudices tenant au paiement des honoraires d'intervenants (arbitres, conseils, experts...) qui n'auraient pas été déclarés. Ces hypothèses constitutives de fraude par l'arbitrage¹⁶⁹⁶, comme dans l'affaire *Vasarely*¹⁶⁹⁷, illustrent des cas de préjudice illégitime en matière d'arbitrage. En revanche, en dehors de ces situations qui, nous le

considère que tel sera le cas lorsqu'entre temps, le défendeur à la cause aura été liquidé ou encore lorsque les délais de prescriptions auront couru (P. STOFFEL-MUNCK, « La responsabilité de l'arbitre », *op. cit.*, p. 1123, spé. n°48, p. 1140).

¹⁶⁹⁴ Pour le club des juristes, l'arbitre qui a failli à sa mission doit « *risquer autre chose que le simple remboursement de [ses] honoraires* » (Le club des juristes, *Rapport, v° La responsabilité de l'arbitre*, 2017 spé. p.37).

¹⁶⁹⁵ En ce sens, v° F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *op. cit.*, spé. n°928, p.1012.

¹⁶⁹⁶ En ce sens, C. SERAGLINI, « Les recours en cas de fraude », *op. cit.*, p. 121, spé. n°3, p.122.

¹⁶⁹⁷ Civ. 1^e, 4 novembre 2015, n°14-22.630, *Bull I*, n°411.

croyons, sont extrêmement rares, le caractère légitime du dommage ne posera aucune difficulté en matière arbitrale.

Au total, l'arbitre devra indemniser l'ensemble des dommages certains, ce qui comprend non seulement les dommages actuels mais également les dommages futurs ainsi que les pertes de chance, dans toutes les situations où ces dommages sont légitimes. Pour cerner au mieux les différents dommages réparables, il est possible de se référer à la typologie des dommages à laquelle recourt classiquement le droit de la responsabilité.

B) Les types de dommages réparables

464. Les dommages qu'une action en responsabilité, aussi bien contractuelle que délictuelle, vise à réparer peuvent être de plusieurs natures puisque les préjudices peuvent être très divers. Toutefois, il est possible de les regrouper sous plusieurs catégories : ils peuvent être écologiques et environnementaux, corporels, matériels ou encore moraux. Le projet de loi de réforme de la responsabilité, quant à lui, vise uniquement les préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux, en son article 1235¹⁶⁹⁸, et le préjudice écologique, en ses articles 1279-1¹⁶⁹⁹ et suivants.

465. Il est certain que plusieurs catégories de dommages sont par essence étrangères à l'arbitrage. Il en va ainsi, à l'évidence, des dommages écologiques et environnementaux. Il en va également ainsi des préjudices corporels, c'est-à-dire de ceux qui sont une atteinte à l'intégrité physique. Ces dommages ne peuvent être causés par un arbitre au titre des obligations qui sont les siennes en sa qualité d'arbitre. En effet, si un arbitre venait à blesser une partie, il faudrait nécessairement considérer qu'il a agi en dehors de ses fonctions d'arbitre. C'est alors sa responsabilité en tant qu'individu, et non en tant qu'arbitre, qui devra être recherchée. Par conséquent, la responsabilité civile de l'arbitre ne devrait pas conduire à la réparation de préjudices de type corporel.

¹⁶⁹⁸ L'article 1235 du projet de loi de réforme de la responsabilité civile énonce : « Est réparable tout préjudice certain résultant d'un dommage et consistant en la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extrapatrimonial ».

¹⁶⁹⁹ L'article 1279-1 du projet de loi de réforme de la responsabilité civile énonce : « Toute personne responsable d'un préjudice écologique est tenue de le réparer ».

466. Le préjudice moral, qui correspond aux atteintes qui ne sont ni corporelles ni matérielles, revêt un caractère extrapatrimonial. D'ailleurs, certains auteurs évoquent indistinctement le préjudice moral et le préjudice extrapatrimonial¹⁷⁰⁰. Le caractère réparable de ce préjudice a été admis de longue date par la jurisprudence¹⁷⁰¹ et reçu sans débat en doctrine, à en croire Monsieur Jourdain¹⁷⁰². Traditionnellement, ce préjudice est décrit comme pouvant prendre deux formes : tantôt il résulte d'une atteinte aux droits de la personnalité ; tantôt il est la conséquence, ressentie par la victime directe ou par une victime par ricochet, d'une atteinte corporelle subie par la victime directe¹⁷⁰³. Il en ressort que le dommage moral est parfois en lien avec un préjudice corporel, tandis que dans d'autres hypothèses, il en est détaché¹⁷⁰⁴. En conséquence, le dommage moral sera étranger à l'arbitrage toutes les fois où il sera en lien avec un préjudice corporel, puisque le préjudice corporel n'a pas sa place en matière de responsabilité arbitrale. A l'inverse, il sera parfois sollicité en matière arbitrale, dans les hypothèses d'atteinte aux droits de la personnalité et, ce, aussi bien pour les personnes physiques que pour les personnes morales, puisque la Cour de cassation a admis que ces dernières puissent subir un préjudice moral¹⁷⁰⁵. On pense ici notamment à des hypothèses d'atteinte à l'image¹⁷⁰⁶. L'arbitre pourrait causer de tels dommages en révélant l'existence de l'instance arbitrale ou encore en révélant le contenu de la sentence arbitrale, c'est-à-dire en violant son obligation de confidentialité.

467. Enfin, les préjudices matériels, qu'on appelle aussi économiques¹⁷⁰⁷, sont traditionnellement décrits à travers les notions de gain manqué (*lucrum cessans*) et de

¹⁷⁰⁰ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, Droit civil Les obligations : Tome 2 Le fait juridique, *op. cit.*, spé. n°134, p.159.

¹⁷⁰¹ Ch. Réunies, 15 juin 1833 : S. 1833, 1, p.458 concl. Dupin.

¹⁷⁰² P. JOURDAIN, « Les préjudices d'angoisse », *JCP G*, n°25, 2015, doct. 739.

¹⁷⁰³ Pour une présentation en ce sens du préjudice moral, v° H. GALI, *Le préjudice moral en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2021, spé. n°29 et s., p.25 et s. ; P. JOURDAIN, « Les préjudices d'angoisse », *JCP G*, n°25, juin 2015, doct. 739, spé. n°1. C'est également ce qui ressort de la nomenclature Dintilhac qui vise plusieurs postes de préjudices moraux consécutifs à une atteinte corporelle (Nomenclature des postes de préjudices : rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels sous la présidence de Jean-Pierre Dintilhac).

¹⁷⁰⁴ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil Les obligations, op. cit.*, spé. n°936 p.1020.

¹⁷⁰⁵ Com., 15 mai 2012, n°11-10.278, *Bull IV*, n°101.

¹⁷⁰⁶ Pour Monsieur Stoffel-Munck, le préjudice moral des personnes morales devrait être défini comme le préjudice extrapatrimonial résultant de l'atteinte à leur image (P. STOFFEL-MUNCK, « Le préjudice moral des personnes morales », in *Libre droit, mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz 2008, p.959), définition à laquelle adhère pleinement Monsieur Mortier (R. MORTIER, « Reconnaissance par la Cour de cassation du préjudice moral d'une société », *JCP E*, 2012, 1510).

¹⁷⁰⁷ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil Les obligations, op. cit.*, spé. n°932, p.1017.

perte subie (*damnum emergens*)¹⁷⁰⁸. Ce sont ces préjudices qui, naturellement, mobiliseront le plus les enjeux indemnitaires en matière de responsabilité arbitrale. En effet, les dommages que l'arbitre causera le plus souvent tiendront dans les frais d'arbitrage et de représentation, sous certaines limites, voire dans la perte de chance d'obtenir un gain¹⁷⁰⁹. Ce sont donc essentiellement des préjudices de nature matérielle que l'arbitre pourra être amené à indemniser.

Sur la question de la typologie des dommages réparables, la responsabilité arbitrale ne soulève donc aucune difficulté particulière ; elle peut tout à fait se satisfaire de la mise en œuvre des catégories prévues par le droit commun. Simplement, seuls les préjudices d'ordre matériel et moral, à l'exclusion des préjudices corporels, écologiques ou environnementaux, devraient trouver application en ce domaine.

De la même façon, les règles de réparation du dommage prévues par le droit commun de la responsabilité trouveront sans problème application en matière de responsabilité arbitrale.

§2) La réparation du dommage

468. La question de la réparation du dommage conduit à s'interroger sur le montant des dommages et intérêts susceptibles d'être alloués aux victimes pour indemniser le préjudice qu'elles ont subi du fait de la faute de l'arbitre. Ce montant peut dépendre de l'étendue de la réparation prévue par la loi (A). Il peut aussi être fixé par les parties, qui ont la possibilité d'aménager conventionnellement la réparation (B).

A) L'étendue de la réparation prévue par la loi

469. Selon que la responsabilité invoquée est délictuelle ou contractuelle, l'étendue de l'indemnisation ne sera pas la même. Les principes légaux régissant l'indemnisation en matière délictuelle (1) sont en effet distincts de ceux qui s'appliquent en matière contractuelle (2).

¹⁷⁰⁸ En ce sens, v° J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil Les obligations : Tome 3 Le rapport d'obligation, op. cit.*, spé. n°228, p.229 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil Les obligations : Tome 2 Le fait juridique, op. cit.*, spé. n°135, p.160.

¹⁷⁰⁹ V° *supra*, n°464 et s.

1. *L'étendue de l'indemnisation en matière délictuelle*

470. En matière délictuelle, le responsable doit indemniser l'entier dommage qu'il a, par sa faute, causé. Le principe est donc que la réparation doit être équivalente au dommage indemnisable subi, sans être moindre ni supérieure¹⁷¹⁰. On parle du principe de la réparation intégrale du préjudice¹⁷¹¹. À ce sujet, la Cour de cassation use d'une formule qui est particulièrement éclairante puisqu'elle considère que la réparation doit se faire sans perte ni profit pour la victime. Elle vise régulièrement « *le principe de la réparation intégrale sans perte ni profit pour la victime* »¹⁷¹². Ce principe qui régit la matière en l'état du droit positif semble par ailleurs être repris par le projet de réforme de la responsabilité, en ses articles 1258 et 1259.

471. Partant, en ce domaine, il n'y a pas véritablement de question théorique à trancher sur l'étendue du dommage que l'arbitre devra réparer. La réparation se fera par des dommages et intérêts dont le montant sera fixé par les juges du fond, dans l'exercice de leur pouvoir souverain¹⁷¹³. Quelle que soit son étendue, le dommage causé par la faute juridictionnelle de l'arbitre-juge devra être réparé dans son intégralité. On pourrait par exemple imaginer qu'au-delà des frais engendrés par l'annulation d'une sentence, elle-même causée par une faute lourde juridictionnelle de l'arbitre-juge, une partie subisse un préjudice de perte de chance de former un contrat. Ce pourrait être le cas en présence d'une négociation précontractuelle entamée avec un partenaire qui ne souhaite pas s'engager tant que le litige en cours n'est pas tranché. Dans un tel cas, si les négociations n'aboutissent pas en raison de l'annulation de la sentence consécutive à une faute lourde, l'arbitre pourrait être tenu d'indemniser la perte de chance de conclure le contrat. Il n'y a, en matière délictuelle, pas d'autre limitation que celle issue du montant du préjudice subi. L'indemnisation due par l'arbitre sera alors d'autant plus lourde que son comportement sera par ailleurs à l'origine d'une annulation de la sentence.

¹⁷¹⁰ Pour un arrêt dans lequel la Cour de cassation censure une cour d'appel qui a condamné l'auteur d'une faute à indemniser deux fois le même dommage, et a donc prononcé une indemnisation supérieure à l'entier dommage, violant ainsi le principe de la réparation intégrale, v° Soc., 13 juin 2019, n°17-31.232.

¹⁷¹¹ En ce sens, v° P. CASSON, *Répertoire de droit civil Dalloz*, v° Dommages et intérêts, 2017, spé. n°15.

¹⁷¹² Pour des illustrations, v° Civ. 2^e, 20 mai 2020, n°18-19.848 ; Civ. 2^e, 20 mai 2020, n°19-10.356 ; Soc., 18 mars 2020, n°18-14.233 ; Civ. 2^e, 6 février 2020, n°18-19.518, *Bull II*, n°21 ; Civ. 2^e, 6 février 2020, n°18-26.779 ; Civ. 3^e, 28 novembre 2019, n°18-18.862.

¹⁷¹³ Pour une illustration, v° notam. Civ. 1^e, 18 février 2015, n°13-26.092.

En matière contractuelle, la détermination du montant des dommages et intérêts répond à un principe différent, qui pose davantage de difficultés.

2. *L'étendue de l'indemnisation en matière contractuelle*

472. La responsabilité contractuelle se distingue de la responsabilité délictuelle non seulement sur la question du fait générateur, mais également sur celle du montant du préjudice pouvant être réparé¹⁷¹⁴. En effet, l'indemnisation en matière contractuelle n'est pas régie par le principe de réparation intégrale du préjudice mais par le principe, différent, de l'indemnisation du préjudice prévisible. Cela ressort très clairement de l'article 1231-3 du Code civil qui reprend, quasiment à l'identique, l'ancien article 1150 du même Code, suivant lequel « *Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive* ».

La jurisprudence retient une conception stricte¹⁷¹⁵ de ce texte en lui faisant jouer son plein effet : en droit positif, en matière contractuelle, ne doivent être réparés que les préjudices qui sont prévisibles¹⁷¹⁶. Faisant application de ce principe, la Cour de cassation a rappelé au visa de l'ancien article 1150 du Code civil : « *il résulte du texte précité qu'en matière de responsabilité contractuelle, le dommage n'est indemnisable que s'il était prévisible lors de la conclusion du contrat et a constitué une suite immédiate et directe de l'inexécution du contrat* »¹⁷¹⁷. Elle a alors censuré la décision de la cour d'appel qui avait refusé de limiter le montant de la réparation, motif tiré des « *principes du droit français qui dictent que tout préjudice est réparable pourvu qu'il soit direct et certain* ». Par cet arrêt, la Cour de cassation réaffirme donc le plafond de réparation que constitue le préjudice prévisible en matière de responsabilité contractuelle¹⁷¹⁸. Pour autant, elle ne précise pas comment se déterminent les dommages prévisibles¹⁷¹⁹, alors que c'est là que réside toute la difficulté.

¹⁷¹⁴ Soulignant que l'étendue de l'indemnisation est un point de régime qui distingue les responsabilités contractuelle et délictuelle, v° M. BACACHE, « Le dommage prévisible : exécution par équivalent du contrat ou responsabilité contractuelle », *D.*, 2011, p.1725.

¹⁷¹⁵ I. GALLMEISTER, « Retard de la SNCF : préjudice de l'avocat n'ayant pu plaider », *D.*, 2012, p.2305.

¹⁷¹⁶ Pour des illustrations, v° Civ. 1^e, 2 octobre 2013, n°12-26.975 ; Civ. 1^e, 28 avril 2011, n°10-15.056 ; Civ. 1^e, 23 juin 2011, n°10-11.539 ; Civ. 1^e, 31 octobre 2012, n°11-26.522.

¹⁷¹⁷ Com., 11 mars 2020, n°18-22.472, *Bull IV*, n°289.

¹⁷¹⁸ Dans le même sens, v° Com., 11 mars 2020, n°18-22.472, *Bull IV*, n°289.

¹⁷¹⁹ H. CONTE, « Nouvelle affirmation de la limitation de la réparation au dommage prévisible », *Dalloz actualité*, 17 avril 2020.

L'article 1231-3 du Code civil prévoit que ce sont les dommages-intérêts qui doivent être prévisibles. Aussi, une première lecture de ce texte pourrait conduire à retenir que la prévisibilité s'applique à la « *quotité* »¹⁷²⁰ du dommage, c'est-à-dire au montant des dommages-intérêts qui sont dus par l'auteur du manquement. Ce n'est pas la lecture qui a été retenue par la Cour de cassation¹⁷²¹. Cela ressort par exemple de la formule retenue dans son arrêt du 11 mars 2020, dans lequel elle retient que « *le dommage n'est indemnisable que s'il était prévisible lors de la conclusion du contrat* »¹⁷²². En préférant évoquer le dommage prévisible plutôt que les dommages et intérêts prévisibles, elle semble considérer que c'est la survenance du dommage qui doit être prévisible, et non le montant des dommages-intérêts¹⁷²³.

Il reste que la manière dont doit s'opérer la détermination d'un dommage prévisible n'a pas été explicitée par la Cour de cassation. En effet, celle-ci laisse le soin aux juridictions du fond d'apprécier en vertu de leur pouvoir souverain si le dommage dont l'indemnisation est recherchée est un dommage prévisible¹⁷²⁴. A ce sujet, la doctrine suggère qu'il existe deux méthodes d'appréciation¹⁷²⁵ de la prévisibilité du dommage : l'une *in concreto*, l'autre *in abstracto*.

473. La méthode *in abstracto* consiste à raisonner en fonction du type de contrat ou des usages suivis dans une profession. Ainsi, tel ou tel dommage serait prévisible ou ne le serait pas selon le type de contrat dans lequel on s'engage. Par exemple, l'installateur d'un système de surveillance de départ de feu ne peut ignorer que, si son système est défaillant et n'empêche pas le feu de se propager dans un établissement, une perte d'activité en résultera. Celle-ci constitue alors un dommage prévisible¹⁷²⁶. De la

¹⁷²⁰ L'expression est empruntée à Messieurs Terré, Simler, Lequette et Chénéde (F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *op. cit.*, spé. n°832, p.892).

¹⁷²¹ A en croire Monsieur Bénabent, cette lecture aurait tout de même été celle de la Cour de cassation avant les années 1960 (A. BENABENT, *Droit des obligations*, LGDJ, Coll. Précis Domat, 18e édition, 2019, spé. n°425, p.338, note de bas de page n°191).

¹⁷²² Com., 11 mars 2020, n°18-22.472, *Bull IV*, n°289.

¹⁷²³ Pour une lecture en ce sens de la notion de dommages-intérêts prévisibles, v° A. BENABENT, *Droit des obligations*, LGDJ, Coll. Précis Domat, 18e édition, 2019, spé. n°425, p.338 ; P. MALAURIE, L. AYNES, p. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, LGDJ, 11e édition, 2020, spé. n°603, p.551 ; . FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil Les obligations : Tome 3 Le rapport d'obligation*, *op. cit.*, spé. n°218, p.201-202.

¹⁷²⁴ Com., 29 mars 2017, n°15-19.761 ; Civ. 1^e, 3 juin 1998, n°95-16.887 ; Soc., 5 octobre 2016, n°15-16.944 ; Civ. 3^e, 13 février 2013, n°11-26.542.

¹⁷²⁵ Pour une présentation de ces deux méthodes de caractérisation du préjudice prévisible, v° M. BACACHE, « Le dommage prévisible : exécution par équivalent du contrat ou responsabilité contractuelle », *D.*, 2011, p.1725.

¹⁷²⁶ En ce sens, v° CA, Dijon, 29 janvier 2008, JurisData n°2008-355413.

même manière, une société qui installe des fenêtres ne peut ignorer les surcoûts qui résulteront d'une installation défectueuse¹⁷²⁷. En revanche, l'installateur d'un système d'alarme incendie qui installe son mécanisme dans une maison à usage d'habitation pour un contrat formé à titre personnel ne peut, en cas d'incendie, être tenu d'indemniser la perte de revenus provenant d'une activité professionnelle. En effet, il n'est pas prévisible pour un professionnel qui signe un contrat à titre particulier pour une installation dans une maison d'habitation que s'en suive, en cas d'incendie, une perte d'activité¹⁷²⁸. On le voit, cette approche *in abstracto* conduit à retenir comme prévisibles les dommages que ne peut ignorer un professionnel dans le cadre de l'exécution de son contrat, indépendamment de toute prévision contractuelle expresse.

Appliquée à l'arbitrage, cette méthode d'appréciation pourrait par exemple conduire à considérer que le préjudice de perte de chance de souscrire un contrat à la suite de la divulgation de l'existence de l'arbitrage est un préjudice prévisible lorsqu'il est causé à une partie qui est un acteur du mode économique. En effet, dans le monde des affaires, l'existence de contentieux peut avoir un impact négatif sur la formation de nouvelles relations d'affaires, de sorte que l'arbitre peut, objectivement, prévoir qu'un manquement à son obligation de confidentialité puisse entraîner ce type de préjudice. À l'inverse, si la partie est un particulier et que l'arbitrage n'a pas trait à des questions commerciales, l'arbitre ne peut pas prévoir que la révélation de la sentence pourrait entraîner, pour cette personne, la perte de chance de former des contrats.

Dans le même ordre d'idées, l'arbitre qui révèle une sentence dans laquelle figurent des informations sur le fonctionnement d'une société, que ce soit son fonctionnement financier, commercial ou encore industriel, peut prévoir que ce comportement entraînera un préjudice pour la société. À l'inverse, si la personne à la cause n'est pas un acteur du commerce, l'arbitre ne peut se douter que le contenu de la sentence qu'il révèle aura des conséquences néfastes sur son existence. Toutefois, dans tous les cas, il est prévisible que la révélation de l'existence d'un contentieux induise un préjudice d'image.

De la même manière, lorsque la faute de l'arbitre aboutit à allonger la durée de l'arbitrage, que ce soit par suite d'un manquement à son obligation de participer à la constitution du tribunal arbitral, de respecter les délais ou d'organiser matériellement

¹⁷²⁷ CA, Nancy, 16 mars 2004, JurisData n°2004-264102.

¹⁷²⁸ CA, Paris, 21 septembre 2007, JurisData n°2007-342111.

l'instance, il pourra être considéré que la perte d'activité qui s'en suit pour les parties, en raison du temps passé à participer à une procédure inutilement longue, constitue un préjudice prévisible pour l'arbitre qui contracte avec des acteurs du monde économique. En revanche, tout dommage qui consisterait en un événement plus personnel ne pourrait être considéré comme prévisible. Autant l'arbitre peut prévoir les conséquences économiques de son comportement pour les acteurs du monde des affaires, autant il ne peut nullement en prévoir les effets personnels sur la vie de chacune des parties. En effet, il peut être considéré comme ayant une connaissance du monde économique, mais non comme devant connaître les aspirations personnelles de chacun.

Tous ces exemples reposent sur une appréciation *in abstracto* de la prévisibilité, fondée sur l'idée que l'arbitrage intervient généralement dans des contentieux qui intéressent le monde des affaires. De façon plus générale, la prévisibilité devrait alors être ajustée en fonction du type de contentieux auquel l'arbitre est confronté.

474. Une autre méthode d'appréciation de la prévisibilité repose sur une approche *in concreto*. Devraient alors être considérés comme prévisibles les éléments que les parties ont fait entrer dans le champ contractuel¹⁷²⁹. Ce sont ici les prévisions des parties qu'il faudra scruter, au cas par cas, pour apprécier le caractère prévisible du dommage survenu. Cela ne posera pas de difficulté lorsque les parties auront expressément prévu l'étendue des dommages susceptibles d'être réparés. Cela pourra être plus délicat lorsque les prévisions des parties auront été plus implicites.

C'est la raison pour laquelle les deux approches ne devraient pas être exclusives l'une de l'autre, mais devraient, au contraire, se combiner. Ainsi, en première intention, il conviendra de retenir l'approche concrète pour s'en tenir à la volonté exprimée par les parties, quant à l'étendue des dommages réparables en cas de manquement. Dans le silence des parties, soit qu'elles n'aient rien prévu, soit qu'elles n'aient pas prévu l'indemnisation des dommages consécutifs à tel ou tel manquement¹⁷³⁰, l'approche *in abstracto* pourra s'avérer utile pour fixer l'étendue des dommages réparables en

¹⁷²⁹ En ce sens, v° M. BACACHE, « Le dommage prévisible : exécution par équivalent du contrat ou responsabilité contractuelle », *D.*, 2011, p.1725.

¹⁷³⁰ On invitera alors les parties à prévoir dans le contrat d'arbitre les dommages prévisibles que l'arbitre pourrait être tenu d'indemniser en cas de manquement à ses obligations contractuelles avec le plus de précision possible. Les arbitres étant très souvent des professionnels reconnus du droit, il leur sera aisé d'œuvrer en ce sens, surtout qu'il en va de leur intérêt.

fonction des usages ou des types de contentieux en cause. Ainsi, selon que la partie est un acteur du monde économique ou non, les dommages prévisibles seront plus ou moins étendus.

475. Au total, la reconnaissance d'une dualité des responsabilités arbitrales ne serait pas sans conséquences sur l'étendue des dommages et intérêts auxquels l'arbitre est susceptible d'être condamné. Si, à l'heure actuelle, la responsabilité est essentiellement engagée sur le terrain contractuel, cela conduit à limiter l'indemnisation au seul préjudice prévisible, sauf les cas de faute lourde ou dolosive. Si l'on admettait le principe d'une dualité de responsabilités, l'arbitre-contractant ne serait tenu d'indemniser, au titre de sa responsabilité contractuelle, que les préjudices prévisibles déterminés soit par la volonté des parties, soit, à défaut, par le type de contentieux soumis à l'arbitrage. L'arbitre-juge, au titre de sa responsabilité délictuelle, devra indemniser l'intégralité du préjudice causé par sa faute lourde juridictionnelle, sans pouvoir bénéficier du plafond du préjudice prévisible. Tout cela s'appliquerait sous réserve d'une clause contractuelle aménageant les principes de réparation.

B) L'aménagement conventionnel de la réparation

476. La technique contractuelle offre aux parties la possibilité d'aménager la réparation des préjudices subis¹⁷³¹ par l'insertion de clauses ayant pour objet de prévoir l'étendue de la responsabilité encourue par l'une ou l'autre des parties. Généralement, ces clauses ont pour effet de limiter l'étendue de l'obligation de réparation en exonérant, partiellement ou totalement, l'auteur d'un manquement contractuel de sa responsabilité¹⁷³². Pour qu'elles puissent s'appliquer en matière de responsabilité arbitrale, il faut, d'une part, qu'elles interviennent en un domaine où leur validité est reconnue (1) et, d'autre part, qu'elles ne soient pas frappées de l'une des causes d'inefficacité susceptibles de les neutraliser (2).

¹⁷³¹ En ce sens, v° G. CHANTEPIE, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, v° Contrats : effets, 2018, spé. n°307 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil Les obligations : Tome 3 Le rapport d'obligation*, op. cit., spé. n°245, p.246 ; P. CASSON, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, v° Dommage et intérêt, 2017, spé. n°123.

¹⁷³² L'aménagement conventionnel de la réparation peut aussi prendre la forme d'une clause pénale qui consiste à prévoir un forfait de dommages et intérêts qui seront dus par le contractant fautif en cas de manquement à son obligation. Cette clause ne sera toutefois pas approfondie dans la présente étude parce que la pratique n'y a pas recours en matière arbitrale.

1. Le domaine de validité des clauses aménageant la réparation du préjudice

477. On a eu l'occasion de le dire à plusieurs reprises, l'arbitre engage une responsabilité tantôt contractuelle tantôt délictuelle. Aussi, lorsqu'il s'agit de s'intéresser aux aménagements conventionnels de la réparation des préjudices qui pourraient résulter des comportements de l'arbitre, il faut s'intéresser à ces deux régimes de responsabilité. On verra alors que ces clauses sont autorisées par principe en matière contractuelle et qu'elles peuvent donc limiter la réparation due par l'arbitre dont la responsabilité contractuelle est engagée (a). En revanche, elles ne peuvent être utilisées pour limiter la responsabilité délictuelle de l'arbitre (b).

a. Des clauses autorisées en matière contractuelle

478. La validité des clauses contractuelles aménageant la réparation du préjudice en matière contractuelle a pu faire l'objet de débats doctrinaux¹⁷³³ et d'hésitations prétorienne¹⁷³⁴, peut-être parce qu'elles portent en elles « *quelque chose d'irritant* »¹⁷³⁵. Plus probablement, les incertitudes sont nées de leur contradiction apparente avec le principe de responsabilité civile suivant lequel l'auteur d'une faute doit en réparer les conséquences¹⁷³⁶, ou bien du paradoxe qu'elles comportent : ces clauses ont pour objet de réduire les conséquences d'un manquement alors même que son auteur s'était engagé à exécuter telle ou telle obligation¹⁷³⁷. Quoi qu'il en soit, aujourd'hui, la validité de principe des clauses de limitation de la responsabilité contractuelle est acquise¹⁷³⁸. Il faut toutefois souligner qu'en l'état du droit positif, aucun

¹⁷³³ Soulignant l'existence de ces débats doctrinaux, v° C. GRIMAUD, « Précisions sur les conditions de validité des clauses de responsabilité », *Les petites affiches*, 2010, p.7.

¹⁷³⁴ Pour une présentation des hésitations prétorienne quant à la validité de ces clauses, v° F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, Dalloz, 11^e édition, 2000, obs. sous les arrêts n°164-165.

¹⁷³⁵ L'expression est empruntée à Monsieur Deshayes (O. DESHAYES, « Clauses limitatives de responsabilité contractuelle et répartition des risques d'inexécution », *RDC*, 2008, p.1008, spé. n°1).

¹⁷³⁶ Pour une illustration de l'attachement à ce principe, v° C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, PUAM, 2002.

¹⁷³⁷ Pour une lecture en ce sens des clauses limitatives de responsabilité, v° D. HOUTCIEFF, « Le régime des clauses limitatives de responsabilité est-il satisfaisant », *RDC*, 2008, p.1020, spé. n°4 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil Les obligations : Tome 3 Le rapport d'obligation*, op. cit., spé. n°246, p.247.

¹⁷³⁸ En ce sens, v° O. DESHAYES, « Clauses limitatives de responsabilité contractuelle et répartition des risques d'inexécution », op. cit., p.1008, spé. n°3 ; P. DELEBECQUE, « Pour ou contre les clauses limitatives de réparation », *RDC*, 2008, p.979, n°1.

texte du Code civil ne prévoit explicitement cette validité du principe. Le projet de réforme de la responsabilité civile prévoit de remédier à ce silence puisqu'en son article 1281, alinéa 1^{er}, il énonce : « *Les clauses ayant pour objet ou pour effet d'exclure ou de limiter la responsabilité sont en principe valables, aussi bien en matière contractuelle qu'extracontractuelle* »¹⁷³⁹. Cette validité de principe n'empêche pas qu'elles soient prohibées dans certains domaines, comme en matière de responsabilité du fait des produits dangereux¹⁷⁴⁰, de vente d'immeuble à construire¹⁷⁴¹ ou encore en matière de construction¹⁷⁴².

479. A ce stade, on peut également mentionner les clauses dites de « non-obligation », qui sont techniquement différentes des clauses limitatives ou élusives de responsabilité mais qui, pratiquement, ont un effet similaire en ce qu'elles conduisent à une non-indemnisation du préjudice résultant d'un manquement à une obligation¹⁷⁴³. Ces clauses prévoient les obligations qu'une partie entend ne pas assumer. En cela, elles diffèrent des clauses limitatives ou élusives de responsabilité, qui ne dispensent pas directement une partie de ses obligations, mais qui limitent les conséquences d'un manquement. Cette distinction, qui est claire en théorie, semble moins évidente en pratique, dès lors que les stipulations conventionnelles des parties ne permettent pas toujours de départir clairement ces deux types de clauses¹⁷⁴⁴. Si certains auteurs en ont déduit que les clauses de non-obligation avaient purement et simplement disparu au profit des clauses élusives ou limitatives de responsabilité¹⁷⁴⁵, d'autres, plus mesurés, soulignent tout de même que les différences de régime entre ces deux types de clauses

¹⁷³⁹ Cette disposition du projet de loi de modification de la responsabilité civile a pu être considérée comme un mérite en ce qu' « *avec le nouveau texte, les règles classiques du droit positif seront (...) gravées dans le marbre du Code civil, ce qui leur confèrera un surcroît bienvenu d'accessibilité, d'intelligibilité et de prévisibilité* » (D. MAZEAUD, « Les contrats portant sur la réparation d'un préjudice », *RDC*, 2016, p. 778, spé. n°4).

¹⁷⁴⁰ Article 1245-14 du Code civil anciennement 1386-15 du Code civil.

¹⁷⁴¹ Article 216-16 du Code de la construction et de l'habitation.

¹⁷⁴² Article 1792-5 du Code civil.

¹⁷⁴³ Pour une présentation en ce sens, v° Y.-M. LAITHIER, « Clauses abusives – Les clauses de responsabilité (clauses limitatives de réparation et clauses pénales) », *RDC*, 2009, p.1650.

¹⁷⁴⁴ En ce sens, v° D. HOUTCIEFF, « Le régime des clauses limitative de responsabilité est-il satisfaisant », *RDC*, 2008, p.1120, spé. n°3. L'auteur craint toutefois de voir dans une décision récente une résurgence de la distinction entre clause de et clause limitative ou élusives de responsabilité (P. GROSSER, D. HOUTCIEFF, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET (coord.), « Contrats et obligations – Droit des contrats – Chronique », *JCP G*, n°50, 2020, spé. n°4).

¹⁷⁴⁵ En ce sens, v° D. HOUTCIEFF, « Le régime des clauses limitative de responsabilité est-il satisfaisant », *RDC*, 2008, p.1120, spé. n°3, estimant que les clauses de non-obligation ont « *rejoin[t leur] fondateur dans la tombe* ».

ont été « gommées » par la jurisprudence¹⁷⁴⁶. Cette similitude d'effets nous conduira à traiter de ces clauses ensemble, dans le cadre de la présente réflexion sur l'aménagement conventionnel de la réparation des dommages causés par les arbitres.

480. En matière arbitrale, aucune disposition légale ne régit la question de la responsabilité de l'arbitre ; *a fortiori*, il n'existe donc aucun texte qui interdise l'aménagement conventionnel de la réparation à laquelle pourrait être tenu l'arbitre à raison de sa faute. Le droit commun devrait donc trouver à s'appliquer, de sorte qu'en matière de responsabilité contractuelle de l'arbitre, les clauses aménageant les conséquences d'un manquement contractuel, en limitant ou en excluant la responsabilité de l'arbitre, devraient être valables. Les parties pourraient insérer ce type de clause dans le contrat d'arbitre, soit directement, soit par référence, en visant un règlement d'arbitrage qui contiendrait une telle clause. Tout cela ne pose aucune difficulté particulière en matière contractuelle. Les choses sont différentes, en revanche, en matière délictuelle.

b. Des clauses interdites en matière délictuelle

481. En matière délictuelle, les clauses aménageant la réparation sont, *de lege lata*, nettement moins bien accueillies que leurs homologues de la matière contractuelle : la Cour de cassation les exclut en considérant qu'elles sont nulles. Cette position résulte d'un arrêt classique rendu en 1955 dans lequel la Haute juridiction a énoncé : « *sont nulles les clauses d'exonération ou d'atténuation de responsabilité en matière délictuelle, les articles 1382 et 1383 du Code civil étant d'ordre public et leur application ne pouvant être paralysée d'avance par une convention* »¹⁷⁴⁷. Cette solution a, depuis, été reprise en matière de dol, dont on sait qu'il engage la responsabilité délictuelle de son auteur. Dans cette décision, la motivation est la même mais la formulation légèrement renouvelée. Aussi, peut-on lire : « *Mais attendu que les articles 1382 et 1383, devenus 1240 et 1241 du code civil, sont d'ordre public et que leur application ne peut être neutralisée contractuellement par anticipation, de sorte que sont nulles les clauses d'exonération ou d'atténuation de responsabilité en matière délictuelle ;*

¹⁷⁴⁶ En ce sens, v° O. DESHAYES, « La distinction entre les clauses de non-obligation et les clauses exonératoires de responsabilité », *RDC*, 2009, p.1377.

¹⁷⁴⁷ Civ. 2^e, 17 février 1955, n°55-02.810, *Bull II*, n°100.

que la cour d'appel, qui n'était pas tenue de répondre à un moyen inopérant, a exactement retenu que, s'agissant d'une action indemnitaire fondée sur le dol, la clause limitative d'indemnisation contenue dans le contrat de garantie accessoire à la cession de titres ne pouvait pas être opposée à [l'acquéreur des titres] »¹⁷⁴⁸. Les choses sont donc fixées en jurisprudence : les textes régissant la responsabilité extracontractuelle pour faute sont d'ordre public, ce qui induit que les clauses qui aménagent la réparation du dommage sont nulles.

482. Cette solution prétorienne a été critiquée par une partie de la doctrine, pour qui l'argument de l'ordre public est mal venu, voire faux. Certains auteurs ont par exemple souligné qu'il apparaissait incohérent de considérer que les principes d'indemnisation de la responsabilité délictuelle soient d'ordre public mais pas ceux relatifs à la responsabilité contractuelle¹⁷⁴⁹. On pourrait leur répondre que les principes de réparation répondent à des objectifs différents en matière délictuelle et contractuelle, puisque la responsabilité délictuelle connaît un principe de réparation intégrale, tandis que la responsabilité contractuelle repose sur un principe de réparation du préjudice prévisible. Les prévisions des parties ont donc naturellement leur place en matière contractuelle, alors qu'en matière délictuelle, les faits interviennent généralement en dehors du champ des prévisions des parties.

Un autre argument a pu être soulevé par Monsieur Borghetti¹⁷⁵⁰ pour contester le caractère d'ordre public des dispositions des articles 1382 et 1383 du Code civil, devenus les articles 1240 et 1241 du même Code. Cet auteur s'appuie sur le principe du non-cumul qui démontrerait le caractère non impératif de ces textes en permettant « l'exclusion pure et simple de [la responsabilité délictuelle] lorsqu'existe par ailleurs un contrat entre les parties »¹⁷⁵¹. Cet argument appelle quelques réserves. En effet, le principe du non-cumul ne revient pas à autoriser les parties à choisir le type de responsabilité susceptible de découler de leur activité. La responsabilité délictuelle ne présente pas un caractère supplétif de volonté, au sens où les parties pourraient choisir

¹⁷⁴⁸ Civ. 1^e, 5 juillet 2017, n°16-13.407.

¹⁷⁴⁹ Z. JACQUEMIN, « Les contrats relatifs à la responsabilité », *RDC*, 2019, p.275, spé. n°9 ; P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz action, 11^e édition, 2021-2022, spé.2325.23, p. 1171.

¹⁷⁵⁰ J.-S. BORGHETTI, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *RTD Civ.*, 2010, p.1, spé. n°59-60.

¹⁷⁵¹ *Ibid.* n°59.

de l'écarter pour un comportement donné. Simplement, elle comporte un champ d'application distinct de celui de la responsabilité contractuelle. La loi s'appuie sur le principe du non-cumul (et non pas sur la volonté des parties) pour délimiter les champs d'application respectifs des différents types de responsabilité. Pour autant, l'effet du principe du non-cumul, qui peut être d'évincer la responsabilité délictuelle au profit de la responsabilité contractuelle, ne rend pas pour autant la responsabilité délictuelle moins impérative. D'ailleurs, nous avons montré que les obligations qui appartiennent à la fonction juridictionnelle de l'arbitre, comme le principe de la contradiction par exemple, devraient être sanctionnées par une responsabilité délictuelle même lorsque les parties décident de prévoir une telle obligation dans leur contrat d'arbitre, soit expressément soit tacitement en renvoyant à un règlement d'arbitrage¹⁷⁵². Le principe du non-cumul ne conduit donc pas systématiquement à l'exclusion de la responsabilité délictuelle, même en présence d'un contrat. L'argument tiré du principe du non-cumul ne nous semble donc pas suffisant pour contester l'impérativité des textes sur la responsabilité civile et, partant, l'invalidité de principe des clauses limitatives de responsabilité délictuelle.

Un autre argument, tiré de la comparaison avec la transaction, a pu être soulevé pour contester l'invalidité de ces clauses¹⁷⁵³. En matière délictuelle, les parties peuvent transiger sur les conséquences juridiques du dommage subi. On pourrait alors être tenté de considérer que si les parties peuvent transiger en matière délictuelle c'est que cette matière peut connaître des aménagements conventionnels¹⁷⁵⁴. Cependant, les aménagements conventionnels de la responsabilité délictuelle et la transaction diffèrent en ce que les premiers ont pour effet d'aménager la réparation d'un dommage non encore réalisé tandis que la seconde intervient après la réalisation du dommage¹⁷⁵⁵. Cette différence est déterminante : la renonciation à un droit d'ordre public est impossible lorsque le droit en cause n'est pas acquis car le droit est alors indisponible pour les parties ; à l'inverse, elle est autorisée lorsque le droit en cause est acquis¹⁷⁵⁶, car

¹⁷⁵² V° *supra*, partie 1.

¹⁷⁵³ Z. JACQUEMIN, « Les contrats relatifs à la responsabilité », *op. cit.*, spé. n°9.

¹⁷⁵⁴ En ce sens, implicitement du moins, v° P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz action, 11^e édition, 2021-2022, spé.2325.23, p. 1171.

¹⁷⁵⁵ En ce sens, v° M. LATINA, « De la renonciation au droit à réparation », *Defrénois*, 2020, p.36.

¹⁷⁵⁶ En ce sens, v° D. HOUTCIEFF, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, v° Renonciation, 2017, spé. n°47.

le droit devient disponible pour les parties, comme le juge classiquement la Cour de cassation¹⁷⁵⁷.

Finalement, si la nullité de principe des clauses aménageant la responsabilité délictuelle semble dérangeante¹⁷⁵⁸, aucune justification ne semble assez solide pour la contester, sauf à s'attaquer directement au caractère d'ordre public de la responsabilité délictuelle. Certains auteurs¹⁷⁵⁹ s'y sont attelés en proposant que le caractère d'ordre public de la responsabilité délictuelle soit limité à certaines situations. Ainsi, par exemple, il a été proposé que ne soient considérées comme d'ordre public que les principes régissant la responsabilité extracontractuelle pour faute¹⁷⁶⁰ ou pour faute intentionnelle¹⁷⁶¹. Seules les clauses excluant ou aménageant la responsabilité pour faute seraient alors interdites. Dans ces propositions, ce serait donc le fait générateur de responsabilité, en ce qu'il induit le régime de responsabilité applicable, qui déterminerait la validité ou l'invalidité de la clause. D'autres auteurs ont construit leur proposition autour du dommage subi en considérant que les clauses évasives de responsabilité contractuelle devraient être interdites uniquement lorsque le dommage est corporel¹⁷⁶². Ces propositions doctrinales, ayant le mérite de la nuance¹⁷⁶³, n'ont pas encore convaincu les juges, de sorte qu'en l'état du droit positif, les conventions qui aménagent la responsabilité délictuelle sont nulles, à moins qu'elles ne soient formées à l'occasion d'une transaction, après la réalisation du dommage. L'arbitre ne pourra donc pas limiter ou réduire le montant de la réparation due en cas de faute lourde juridictionnelle de nature à engager sa responsabilité délictuelle.

483. Si les propositions doctrinales que l'on vient d'évoquer trouvent un écho dans le projet de réforme de la responsabilité civile, les propositions qui y sont insérées

¹⁷⁵⁷ En ce sens, v° Civ. 3^e, 29 octobre 1970, *Bull III*, n°553 ; Civ. 1^e, 17 mars 1998, n°96-13.972, *Bull I*, n°120.

¹⁷⁵⁸ Certains auteurs considèrent cette nullité de principe comme « fâcheuse » (P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz action, 11^e édition, 2021-2022 spé.n°2325.24).

¹⁷⁵⁹ En ce sens, v° R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, T. II, LGDJ, 1939, spé. n°664 ; B. STARCK, *Obligations*, Litec, 1972, n°22 à 24.

¹⁷⁶⁰ En ce sens, v° R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, *op. cit.* spé. n°664.

¹⁷⁶¹ En ce sens, v° P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz action, 11^e édition, 2021-2022, spé. n°2325.23, p. 1171.

¹⁷⁶² En ce sens, v° P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz action, 11^e édition, 2021-2022 spé. n°2325.23, p. 1171 ; J. ABRAS, *L'aménagement conventionnel anticipé de la responsabilité extra-contractuelle*, PUAM, 2008, spé. p.249.

¹⁷⁶³ En ce sens, P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz action 2021-2022, 11^e édition, spé. n°2325.23, p.1171.

ne devraient pas changer les règles applicables en matière de responsabilité arbitrale. Le principe serait, certes, radicalement différent, puisque l'article 1281 du projet pose, en son alinéa 1^{er}, un principe de validité des clauses limitatives et élusives de responsabilité « *aussi bien en matière contractuelle qu'extracontractuelle* ». Cette disposition qui « *réalise une très spectaculaire évolution* », selon Monsieur Mazeaud¹⁷⁶⁴, conduirait à modifier le droit en considérant que les clauses limitatives sont valables, même en matière de responsabilité délictuelle. Toutefois, deux exceptions importantes sont apportées à cette validité de principe. La première porte sur le préjudice corporel, puisque le second alinéa de l'article 1281 prévoit que « *la responsabilité ne peut être limitée ou exclue par contrat en cas de dommage corporel* ». La seconde exception porte sur la responsabilité pour faute : l'article 1283 du projet prévoit qu'en « *matière extracontractuelle, on ne peut exclure ou limiter la responsabilité pour faute* ».

Or, la responsabilité délictuelle que l'arbitre est susceptible d'engager est une responsabilité pour faute, sa faute devant même être qualifiée pour être source de responsabilité. Elle fera donc partie, *de lege ferenda*, des hypothèses situées en dehors du champ de validité des clauses limitatives ou élusives de responsabilité en matière délictuelle. Sur ce point, l'évolution à venir du droit de la responsabilité, si elle devait se confirmer, n'aurait donc aucun impact sur la responsabilité délictuelle de l'arbitre. Aujourd'hui comme demain, l'arbitre ne peut aménager conventionnellement la réparation à laquelle il serait tenu en cas de mise en jeu de sa responsabilité délictuelle¹⁷⁶⁵.

¹⁷⁶⁴ D. MAZEAUD, « Les contrats portant sur la réparation d'un préjudice », *op. cit.*, p.778, spé. n°9.

¹⁷⁶⁵ S'agit-il là d'un inconvénient qui pourrait être objecté à notre proposition d'une responsabilité délictuelle de l'arbitre-juge ? On pourrait être tenté de penser que la nature délictuelle de la responsabilité de l'arbitre-juge préjudicierait à la tranquillité de l'arbitre, qui ne pourrait pas limiter sa responsabilité là où cela lui est possible en matière contractuelle. Cet argument, toutefois, ne tiendrait pas. En effet, en matière contractuelle *de lege lata* (article 1231-3 du Code civil) comme en matière délictuelle *de lege ferenda* (article 1282 du projet de réforme de la responsabilité civile), les clauses limitatives ou élusives de responsabilité sont neutralisées en cas de faute lourde ou dolosive (sur ce point, v° *infra*, n°490 et s.). Or, si l'on s'en tient à notre proposition, l'arbitre-juge n'engage sa responsabilité qu'en cas de faute lourde juridictionnelle. La seule faute de nature à engager la responsabilité délictuelle de l'arbitre sera donc également de nature à rendre inefficaces les éventuelles limitations conventionnelles de réparation. De ce point de vue, notre proposition de retenir la nature délictuelle de la responsabilité de l'arbitre-juge ne désavantage pas l'arbitre par rapport au droit positif qui retient une nature contractuelle de responsabilité, y compris lorsque la faute est commise dans sa fonction juridictionnelle. En effet, que l'on soit en matière contractuelle ou délictuelle, la gravité de la faute propre à engager la responsabilité de l'arbitre-juge implique nécessairement une neutralisation des clauses limitatives ou élusives de responsabilité.

C'est donc uniquement pour limiter la réparation due au titre de la responsabilité contractuelle de l'arbitre que les parties peuvent stipuler des clauses limitatives ou élusives de responsabilité. Même dans ce cadre, les clauses ainsi stipulées ne seront pas nécessairement valables et efficaces : certaines causes d'inefficacité peuvent les empêcher de produire leurs effets.

2. Les causes d'inefficacité des clauses aménageant la réparation du préjudice

484. Plusieurs circonstances sont susceptibles d'empêcher les clauses limitatives ou élusives de responsabilité de produire leurs effets. Tel est le cas lorsque les clauses créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, lorsqu'elles vident l'obligation essentielle d'un contrat de sa substance ou encore lorsque le manquement reproché s'analyse en une faute dolosive ou une faute lourde. En commençant par l'étude des clauses qui vident l'obligation essentielle de sa substance (a), en poursuivant par celle des clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties (b) et enfin en terminant par la notion de faute dolosive et lourde (c), on se demandera à chaque fois si un tel obstacle pourrait empêcher une clause limitative ou élusives de responsabilité, insérée dans un contrat d'arbitre, de produire ses effets.

a. L'obligation essentielle vidée de sa substance

485. Selon l'article 1170 du Code civil « *Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite* ». Sur le fondement de ce texte, une clause limitative ou élusives de responsabilité peut être privée d'effet dès lors qu'elle vide de sa substance l'obligation essentielle. Autrement dit, pour être réputée non écrite, elle ne doit pas seulement avoir pour objet l'obligation principale¹⁷⁶⁶ mais surtout la vider de sa substance¹⁷⁶⁷. L'article 1170 du Code civil ne fait, au vrai, que reprendre la solution qui avait été dégagée par la jurisprudence sur le fondement de la cause.

¹⁷⁶⁶ Il fut un temps où la Cour de cassation réputait « automatiquement » non écrite la clause limitative ou élusives de responsabilité dès lors qu'elle portait sur l'obligation principale (v° Com., 17 juillet 2001, 98-15.678 ; Com., 13 février 2007, n°05-17.407, Com., 30 mai 2006, n°04-14.974).

¹⁷⁶⁷ Com., 29 juin 2010, n°09-11.841 ; Com., 31 mai 2011, n°10-13.633.

Cette disposition trouve à s'appliquer en matière arbitrale comme le confirme un arrêt de la cour d'appel de Paris du 22 janvier 2009¹⁷⁶⁸. Dans cet arrêt, la cour d'appel de Paris a jugé que « *la clause évasive de responsabilité qui autorise la CCI à ne pas exécuter ses obligations essentielles en tant que prestataire de services non juridictionnels doit être réputée non écrite [...] dès lors qu'elle contredit la portée du contrat d'arbitrage* ». Dans cette affaire, une clause avait été insérée suivant laquelle « *Ni les arbitres, ni la Cour ou ses membres ni la Chambre de commerce Internationale ou son personnel, ni les comités nationaux de la Chambre de commerce internationale, ne sont responsables envers quiconque de tout fait, acte ou omission en relation avec un arbitrage* ». Pour se prononcer sur sa validité, la cour d'appel a commencé par rappeler les obligations de la CCI en énonçant : « *La CCI doit organiser et administrer l'arbitrage et à cette fin fournir une structure propre à permettre un arbitrage efficace c'est-à-dire intervenant avec la célérité escomptée, élaborée conformément aux règles choisies et susceptible de recevoir exécution* ». La clause avait donc pour effet d'exonérer la CCI de sa responsabilité pour tout fait, acte, ou omission en relation avec l'arbitrage alors même que la CCI est tenue de l'organiser et de l'administrer. Indubitablement, la clause vidait donc l'obligation principale de la CCI de sa substance¹⁷⁶⁹. De cette décision, il ressort clairement que les clauses évasives insérées dans les contrats d'organisation de l'arbitrage sont valables, mais ne produisent d'effet que si elles ne contrarient pas l'obligation principale des institutions arbitrales, à savoir organiser l'arbitrage.

Les clauses de non-obligation, quant à elles, n'ont pas fait l'objet de décision prétorienne sur ce point. Pour autant, si l'on considère que leur régime est calqué sur celui des clauses limitatives et évasives de responsabilité, rien ne s'oppose à leur validité, sous réserve qu'elles ne portent pas sur l'obligation essentielle du contrat¹⁷⁷⁰.

486. Cette cause d'inefficacité, si elle s'applique en matière arbitrale, ne semble pas pour autant présenter une menace pour les clauses insérées dans le contrat d'arbitre. En effet, ce type de clause n'est, par principe, susceptible d'être valable que

¹⁷⁶⁸ CA Paris, 22 janvier 2009, n°07-19492 ; T.CLAY, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges, octobre 2008- décembre 2009 », *D.*, 2009, p. 2959 et s. ; obs. J. ORTSCHIEDT, *JCP*, 2009 I. 148, §12.

¹⁷⁶⁹ Pour une analyse en ce sens, v° T. CLAY, « Arbitrage – Chambre de commerce internationale – Contrat d'organisation de l'arbitrage – Date de formation – Version du règlement d'arbitrage applicable – Obligations du centre d'arbitrage – Cause évasive de responsabilité Révision du montant des frais et honoraires », *Journal du droit international (clunet)*, n°2, 2009, comm. 12.

¹⁷⁷⁰ Pour une présentation détaillée de l'inefficacité des clauses de non-obligation portant sur l'obligation essentielle du contrat, v° C. GRIMALDI, « Les clauses portant sur l'obligation essentielle », *RDC*, 2008, p.1095.

pour limiter la responsabilité contractuelle de l'arbitre¹⁷⁷¹. Elle ne peut donc viser que les obligations contractuelles de l'arbitre¹⁷⁷², à savoir, suivant la classification que nous proposons des obligations de l'arbitre : les obligations de participer à la constitution du tribunal arbitral, d'organiser matériellement l'instance arbitrale, de respecter les délais de l'arbitrage, de respecter la confidentialité, ainsi que l'obligation de révélation. Or, aucune de ces obligations ne fait figure d' « obligation essentielle » du contrat d'arbitre, lequel a essentiellement pour objet de confier une mission juridictionnelle à l'arbitre, consistant à trancher un litige. Les obligations essentielles de l'arbitre sont donc des obligations juridictionnelles. Aucune limitation de responsabilité ne peut valablement porter sur ces obligations juridictionnelles, non pas tant parce qu'elles sont essentielles que parce qu'elles sont de nature à entraîner la responsabilité délictuelle pour faute de l'arbitre. A l'inverse, des clauses peuvent venir limiter la responsabilité contractuelle de l'arbitre sans pour autant vider de sa substance l'obligation essentielle du contrat d'arbitre, dès lors qu'elles porteront par hypothèse sur des obligations contractuelles qui ne sont pas les obligations essentielles de ce contrat¹⁷⁷³. La règle de l'article 1170 du Code civil ne devrait donc pas menacer la validité des clauses limitatives ou élusives insérées dans le contrat d'arbitre, ni celle des clauses de non-obligation.

Toutefois, encore faut-il que ces clauses soient rédigées avec suffisamment de précision. En effet, la validité de ces clauses dépend du fait qu'elles aménagent la responsabilité de l'arbitre pour les manquements autres que ceux découlant de sa fonction juridictionnelle ou qu'elles dispensent l'arbitre d'une obligation autre qu'une obligation liée à sa fonction juridictionnelle. Cela doit donc ressortir très clairement de la clause en cause, qui ne peut valablement viser que les obligations contractuelles de l'arbitre, à l'exclusion de ses obligations juridictionnelles¹⁷⁷⁴.

D'autres mécanismes, en revanche, peuvent neutraliser leur efficacité.

¹⁷⁷¹ V° *supra*, n°481.

¹⁷⁷² Se prononçant en faveur de l'efficacité des clauses limitatives de responsabilité pour ce qui est de la responsabilité contractuelle de l'arbitre, v° J.-S. BORGHETTI, « La dualité du régime de la responsabilité de l'arbitre », *op. cit.*, spé. n°35, p.521.

¹⁷⁷³ Soutenant que les clauses limitatives de responsabilité de l'arbitre doivent être valables et produire leurs effets dès lors qu'elles ne visent pas les obligations essentielles de l'arbitre, v° Le club des juristes, *La responsabilité de l'arbitre*, spé. p.36.

¹⁷⁷⁴ V° toutefois CA Paris, 31 mars 2015, n°14-05436 : pour les manquements se rattachant à la fonction juridictionnelle, la Cour d'appel a jugé, dans l'affaire dite *Banque Delubac*, que la clause limitative de responsabilité n'était que la « *transposition de l'immunité reconnue aux arbitres dans l'exercice de leur fonction de juger* ».

b. Le déséquilibre significatif

487. Le déséquilibre significatif est un critère auquel recourt la loi pour empêcher une clause de produire un quelconque effet, à travers deux systèmes qui coexistent. D'abord, le Code de la consommation fustige les clauses abusives, qu'il définit comme les clauses ayant « *pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat* »¹⁷⁷⁵. Ce texte est appuyé par un mécanisme de listes, dans lesquelles figurent des clauses présumées abusives. Ensuite, un système du même ordre a été inséré dans le Code civil à l'occasion de la réforme du droit des obligations opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. Désormais, l'article 1171 du Code civil répute non écrites les clauses qui créent « *un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* ».

Au regard de ces dispositions, la question se pose de savoir si une clause limitative ou évasive de la responsabilité contractuelle de l'arbitre, ou une clause de non-obligation, insérée dans le contrat d'arbitre, pourrait être réputée non écrite au motif qu'elle est porteuse d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. La réponse nous semble différente selon que l'on se place sur le fondement du Code civil ou sur celui du Code de la consommation.

488. Pour qu'une clause soit sanctionnée par le mécanisme de l'article 1171 du Code civil, il faut non seulement qu'elle crée un déséquilibre significatif, mais aussi, d'une part, qu'elle soit insérée dans un contrat d'adhésion et, d'autre part, qu'elle ait été négociable. Cela ressort de la lettre même de l'article 1171 du Code civil. Le contrat d'adhésion, quant à lui, est défini par l'article 1110, alinéa 2, du Code civil comme « *celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties* »¹⁷⁷⁶. Cela peut-il correspondre au contrat d'arbitre ? Il est vrai que la pratique semble se développer notamment autour de contrats d'arbitre types¹⁷⁷⁷, que l'on peut définir, avec Monsieur Revet, comme des « *formules contractuelles rédigées par des*

¹⁷⁷⁵ Article L. 212-1 du Code de la consommation.

¹⁷⁷⁶ Telle est la définition qui résulte de la loi de ratification du 20 avril 2018. Dans sa version antérieure, issue de l'ordonnance du 10 février 2016, l'article 1110, alinéa 2, du Code civil énonçait : « *Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* ».

¹⁷⁷⁷ Pour une présentation du contrat d'arbitre comme un contrat type, v° L. JANDARD, *La relation entre l'arbitre et les parties, Critique du contrat d'arbitre, op. cit.*, spé. n°212-215, p.237-241.

organismes professionnels ou par une administration et qui peuvent ou doivent être utilisées par les parties à un contrat pour en déterminer le contenu »¹⁷⁷⁸. Pour autant, ces contrats-types ne sont pas des contrats d'adhésion. Pour qu'ils le soient, il faudrait qu'ils ne soient pas négociés par les parties et que l'une impose à l'autre le contenu du contrat, au moins partiellement. Tel ne semble pas pouvoir être le cas, en l'état actuel. En effet, si les parties peuvent emprunter pour rédiger le contrat d'arbitre à des formules types, il n'en demeure pas moins qu'elles négocient le contrat, ce qui éloigne la qualification de contrat d'adhésion. L'article 1171 du Code civil ne pourra donc trouver à s'appliquer pour menacer la validité des clauses limitatives ou élusives de responsabilité contractuelle, tant que les contrats d'arbitre seront négociés, ou du moins négociables, entre les parties.

489. En matière de consommation, les choses sont différentes. En effet, le texte qui sanctionne les clauses abusives s'applique aux contrats souscrits entre un professionnel et un consommateur¹⁷⁷⁹. Dans ces contrats, les clauses limitatives ou élusives de responsabilité sont automatiquement réputées non écrites car elles figurent parmi les clauses qui sont présumées, de manière irréfragable, abusives. En ce sens, l'article R. 212-1, 6°, du Code de la consommation vise les clauses « *ayant pour objet ou pour effet de (...) supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations* »¹⁷⁸⁰. Si le contrat d'arbitre est souscrit entre un professionnel et un consommateur, il ne pourra donc comporter valablement aucune clause limitative ou élusives de responsabilité¹⁷⁸¹.

Or, le professionnel est défini par l'article liminaire du Code de la consommation comme « *toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel* », tandis que le

¹⁷⁷⁸ T. REVET, « L'uniformisation de l'interprétation : contrats types et contrat d'adhésion », *RDC*, 2015, p. 199, spé. n°1 ; pour une définition dans le même sens, v° G. CHANTEPIE, « De la nature contractuelle des contrats-types », *RDC*, 2009, p.1233.

¹⁷⁷⁹ Article L. 212-1 du Code de la consommation.

¹⁷⁸⁰ Article R. 212-1 du Code de la consommation.

¹⁷⁸¹ Dans ce même contexte, les clauses de non-obligation devraient, à l'inverse, échapper à la présomption irréfragable dans la mesure où ces clauses n'ont pas pour objet de « *supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le non-professionnel ou le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations* » (En ce sens, v° O. DESHAYES, « d) La distinction entre les clauses de non-obligation et les clauses exonératoires de responsabilité », *RDC*, 2009, p.1377).

consommateur est défini comme « *toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole* ». L'arbitre, à n'en point douter, est un professionnel au sens du Code de la consommation¹⁷⁸². En effet, lorsque celui-ci forme un contrat d'arbitre, il forme un contrat en lien avec son activité libérale d'arbitre. Pour les parties qui recourent à l'arbitrage, les choses sont moins nettes. En effet, on imagine aisément que dans l'arbitrage commercial, qui met en jeu les intérêts du commerce, ou encore dans l'arbitrage d'investissement, les parties ne peuvent pas, *a priori*, être des consommateurs : soit elles sont des personnes morales, soit elles agissent dans le cadre de leur activité professionnelle, ce qui exclut leur qualité de consommateurs. En revanche, on peut tout à fait imaginer qu'une personne physique soit partie à un arbitrage sans que cet arbitrage n'ait de lien avec son activité professionnelle, notamment parce que le litige qui donnerait lieu à l'arbitrage opposerait deux consommateurs. Dans une telle hypothèse particulière, la clause limitative ou évasive de la responsabilité contractuelle de l'arbitre sera privée d'effet car elle sera réputée non écrite. A l'inverse, toutes les fois où les parties autres que l'arbitre ne seront pas des consommateurs, au sens du Code de la consommation, ce qui devrait représenter l'immense majorité des hypothèses, la clause limitative ou évasive de la responsabilité contractuelle de l'arbitre devrait être valable car le contrat échappera au champ d'application du Code de la consommation.

Cela étant, encore faut-il que la clause échappe à une dernière cause susceptible de l'empêcher de produire ses effets : elle ne doit pas être invoquée en présence d'une faute lourde ou dolosive de celui qui s'en prévaut.

c. Les fautes lourde et dolosive

490. « *La faute lourde, assimilable au dol, empêche le contractant auquel elle est imputable de limiter la réparation du préjudice qu'il a causé aux dommages prévus ou*

¹⁷⁸² Le Code de la consommation définit le professionnel comme celui qui agit en lien avec une activité libérale. Si l'on retient cette définition, il est incontestable que l'arbitre agit en lien avec son activité d'arbitre qui est une activité libérale. Cette acception du professionnel se distingue donc de celle retenue par Madame Jandard lorsqu'elle propose de retenir une responsabilité professionnelle de l'arbitre (v° *supra*, n°115 et s.). En effet, dans cette proposition, est un professionnel celui qui appartient à une profession. Or, l'arbitrage n'est pas une profession. Il n'y a donc pas de contradiction à considérer que l'arbitre n'est pas un professionnel, au sens où il n'agit pas au cœur d'une profession, mais qu'il est un professionnel au sens du Code de la consommation, en ce qu'il agit en lien avec son activité libérale d'arbitre.

prévisibles lors du contrat et de s'en affranchir par une clause de non-responsabilité »¹⁷⁸³. Voilà un attendu très clair de la Cour de cassation qui permet immédiatement de saisir l'impact de la faute lourde sur les clauses limitatives ou élusives de responsabilité. Cette faute n'est pas la seule à faire obstacle aux effets des clauses limitatives de responsabilité¹⁷⁸⁴ puisque c'est aussi le cas de la faute dolosive à laquelle, au vrai, elle est assimilée.

La faute dolosive est une faute intentionnelle qui n'implique pas pour autant un désir de nuire. Elle peut être définie comme une inexécution consciente, sans que le débiteur ait nécessairement eu l'intention de nuire¹⁷⁸⁵, ni la conscience du dommage qui en résultera. Il s'agit donc d'un refus délibéré du débiteur d'exécuter ses obligations.

La notion de faute lourde, quant à elle, a pu poser des difficultés et soulever certaines incertitudes¹⁷⁸⁶. Aujourd'hui, ces hésitations sont résolues : la jurisprudence a tranché en faveur d'une définition subjective de la faute lourde qui s'apprécie en fonction de la gravité du manquement du débiteur¹⁷⁸⁷. Elle est « *caractérisée par une négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de sa mission contractuelle* »¹⁷⁸⁸.

491. On l'a vu, l'arbitre engage sa responsabilité contractuelle en cas de faute simple. C'est l'hypothèse typique dans laquelle la clause limitative ou élusives de responsabilité pourra trouver application. Cependant, rien n'empêche que l'arbitre commette une faute plus grave, lourde ou dolosive, qui le privera du bénéfice d'une telle clause.

Ainsi, il se rendra coupable d'une faute dolosive chaque fois qu'il refusera délibérément d'exécuter ses obligations contractuelles. Tel est le cas lorsqu'il se refuse à faire toute recherche des liens qu'il a pu entretenir avec les parties alors même que ces liens auraient pu aisément être découverts au travers notamment d'une procédure de

¹⁷⁸³ Civ. 1^e, 29 octobre 2014, n°13-21.980, *Bull I*, n°180.

¹⁷⁸⁴ La question de la faute lourde ou dolosive est étrangère à la question de l'efficacité des clauses de non-obligation, dès lors que ces clauses prévoient que le débiteur ne doit pas respecter telle ou telle obligation. A l'évidence, il ne peut donc pas lui être reproché un manquement, fut-il particulièrement grave, alors même qu'il n'était pas tenu de s'exécuter.

¹⁷⁸⁵ Civ. 1^e, 4 février 1969, *Bull I*, n°60 ; Civ. 1^e, 22 octobre 1975, n°04-13.217, *Bull I*, n°290.

¹⁷⁸⁶ Pour une présentation de ces incertitudes, v° V. MAZEAUD, « L'unité et l'utilité de la faute lourde en matière contractuelle », *D.*, 2015, p.188, spé. n°3

¹⁷⁸⁷ En ce sens, v° Chambre mixte, 22 avril 2005, n°03-14.112 et n°02-18.326, *Bull Mixte*, n°3 et n°4 ; Com., 29 juin 2010, n°09-11.841, *Bull IV*, n°115.

¹⁷⁸⁸ Chambre mixte, 22 avril 2005, n°03-14.112 et n°02-18.326, *Bull Mixte*, n°3 et n°4.

« *conflict check* » ou encore lorsque connaissant des liens le reliant aux parties, il se refuse à les révéler ou encore lorsque informé par les parties que les délais de l'arbitrage approchent de leur terme, il se refusera à en solliciter toute prorogation¹⁷⁸⁹. Il en ira aussi ainsi quand il rendra sa sentence après le délai pour ce faire alors même que celle-ci était rédigée et que les délais lui avaient été rappelés. Dans tous ces cas de figure, l'arbitre aura commis une faute dolosive ce qui empêchera que la clause limitative ou évasive de sa responsabilité contractuelle produise ses effets.

Il pourra aussi être l'auteur d'une faute lourde chaque fois qu'il aura violé son obligation sans en avoir l'intention mais en montrant une très grande légèreté. Cela pourrait être le cas lorsqu'il n'aura pas pris le soin de sécuriser son outil informatique de sorte à protéger les données couvertes par son obligation de confidentialité, ou encore lorsqu'il rendra sa sentence après les délais parce qu'il n'aura pas pris note du calendrier de la procédure. Dans ces cas, encore, la clause limitative ou évasive de responsabilité ne pourra produire ses effets.

492. A l'issue de ces développements, il apparaît que l'arbitre peut aménager sa responsabilité contractuelle, mais non sa responsabilité délictuelle. Les clauses limitatives ou évasives de responsabilité contractuelle insérées dans le contrat d'arbitre devraient être valables par principe, sauf dans les rares hypothèses où l'arbitre serait en présence de parties ayant toutes la qualité de consommateurs. Pour autant, si la validité de principe de ces clauses ne devrait pas poser de difficulté au regard des textes prévus par le Code civil, l'arbitre pourra toujours être privé du bénéfice de ces clauses s'il commet une faute lourde ou dolosive dans l'accomplissement de ses obligations contractuelles. Autrement dit, seules les fautes simples commises en sa qualité d'arbitre-contractant sont susceptibles d'être couvertes par une clause limitative ou évasive de responsabilité.

Pour que ces principes de réparation trouvent à s'appliquer, encore faut-il que soit remplie la troisième condition d'engagement de la responsabilité civile de l'arbitre : celle du lien de causalité entre le fait générateur de responsabilité et le dommage.

¹⁷⁸⁹ Pour une hypothèse où le tribunal arbitral sera composé que d'un seul arbitre car dans les hypothèses où le tribunal arbitral sera collégial, cette obligation est collégiale.

Section 2 : Le lien de causalité

493. La nécessité d'un lien de causalité unissant la faute et le dommage fait l'objet d'un consensus entre les textes, la jurisprudence et la doctrine.

D'abord, cette exigence est présente dans les textes, même si elle n'est pas formulée de la même façon pour les deux types de responsabilité. En matière contractuelle, l'article 1231-4 du Code civil énonce : « *Dans le cas même où l'inexécution du contrat résulte d'une faute lourde ou dolosive, les dommages et intérêts ne comprennent que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution* ». En matière délictuelle, l'article 1240 du même Code civil énonce : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ». Le projet de réforme de la responsabilité rend cette exigence encore plus explicite en y consacrant un texte applicable à la fois en matière contractuelle et délictuelle : l'article 1239 du projet énonce ainsi que « *La responsabilité suppose l'existence d'un lien de causalité entre le fait imputé au défendeur et le dommage* ». Ensuite, la jurisprudence fait aussi du lien de causalité une condition de l'engagement de la responsabilité de l'auteur tant d'un manquement contractuel¹⁷⁹⁰ que d'une faute délictuelle¹⁷⁹¹. Enfin, si certains auteurs¹⁷⁹² ont pu s'interroger sur la réalité de l'existence de ce lien comme condition de la responsabilité civile, ils ont tous répondu positivement.

Ainsi, le législateur, la jurisprudence et la doctrine sont unanimes : le lien de causalité est une condition de l'engagement de la responsabilité contractuelle et délictuelle. Cette condition a une double incidence. Positivement, l'existence d'un lien de causalité entre le fait générateur et le dommage doit être caractérisée pour que la responsabilité de l'auteur du fait dommageable soit engagée. Négativement, lorsque ce lien de causalité est rompu ou distendu par la survenance d'un autre événement ayant

¹⁷⁹⁰ Régulièrement, la Cour de cassation censure des cours d'appel ayant engagé la responsabilité d'un contractant sans avoir recherché s'il existait un lien de causalité (Com., 20 mars 2019, n°17-25.627), ou en ayant statué par des motifs impropres à caractériser un lien de causalité (Com., 23 octobre 2019, n°18-15.330), ou en ayant retenu à tort l'existence d'un lien de causalité (Com., 11 mars 2020, n°19-11.742).

¹⁷⁹¹ Pour des arrêts de cassation reprochant à une cour d'appel d'avoir violé l'article 1382 du Code civil, devenu 1240 du même Code, pour avoir engagé la responsabilité délictuelle de l'auteur d'une faute sans avoir caractérisé l'existence d'un lien de causalité la rattachant au dommage, v° Civ. 3^e, 19 mai 2016, n°15-14.673 ; Civ. 3^e, 14 mai 2020, n°19-13.773 A l'inverse, pour un arrêt relevant que dès lors que la cour d'appel a relevé une faute, un dommage et un lien de causalité les reliant, sa condamnation à l'indemnisation du préjudice subi est fondée, v° Civ. 2^e, 18 avril 2019, n°17-31.050.

¹⁷⁹² V° notam. C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque des Thèses, 2010, spé. n°12 et s., p.19 et s. ; C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle, L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque des Thèses 2005, spé. n°68, p.53.

contribué à la survenance du dommage, l'auteur du fait générateur pourra être exonéré, partiellement ou totalement, de sa responsabilité.

Ces deux aspects du lien de causalité seront ici étudiés : dans un premier temps, le lien de causalité comme condition d'engagement de la responsabilité de l'arbitre (§1) ; dans un second temps, le lien de causalité comme cause d'exonération de la responsabilité de l'arbitre (§2).

§1) L'existence du lien de causalité comme condition pour engager la responsabilité de l'arbitre

494. Le lien de causalité est une exigence qui n'est plus débattue : la responsabilité de l'auteur d'un dommage ne peut être engagée qu'en présence d'un lien reliant le dommage à sa faute, contractuelle ou délictuelle. Cette condition peut conduire à désigner comme responsable un seul arbitre, lorsqu'il est le seul à avoir commis une faute causalement liée au préjudice, ou bien le tribunal arbitral dans son ensemble, lorsque le dommage causé peut être rattaché au comportement de l'ensemble des membres d'un tribunal collégial. Le rôle causal de l'arbitre sera étudié en premier lieu (A), avant que soit envisagé le rôle causal du tribunal arbitral collégial dans son ensemble (B).

A) Le rôle causal de l'arbitre

495. Le rôle causal de l'arbitre dans la survenance du dommage suppose que soit établi un lien de causalité entre la faute qui lui est reprochée et le dommage qui a été subi. Or, le lien de causalité désigne une notion complexe¹⁷⁹³, notamment parce que le législateur, qui a pris la peine de l'exiger, n'a pas été jusqu'à en apporter une définition. Il ne semble d'ailleurs pas enclin à corriger ce silence puisque le projet de réforme de la responsabilité civile se contente d'exiger un lien de causalité sans pour autant en proposer une définition¹⁷⁹⁴, ce que Monsieur Brun regrettait déjà s'agissant de l'avant-

¹⁷⁹³ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *op. cit.*, spé. n°1089, p.1161-1162.

¹⁷⁹⁴ Soulignant que le législateur se refuse à définir le lien de causalité dans le projet de loi de réforme de la responsabilité civile, v° J.-S. BORGHETTI, « L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile (1) Commentaires des principales dispositions », *D.*, 2016, p.1442, spé. n°12.

projet¹⁷⁹⁵. Dans le silence du législateur, la doctrine a élaboré plusieurs théories pour tenter de cerner cette exigence et de déterminer la façon dont s'apprécie l'existence d'un lien de causalité entre le fait générateur de responsabilité et le dommage. Deux de ces théories, essentiellement¹⁷⁹⁶, ont trouvé un écho en jurisprudence et semblent donc coexister en droit positif : celle de l'équivalence des conditions et celle de la causalité adéquate, encore dite causalité générique¹⁷⁹⁷. La jurisprudence n'a pas opéré de choix entre ces deux théories¹⁷⁹⁸, optant tantôt pour l'une tantôt pour l'autre¹⁷⁹⁹. Or, l'une et l'autre de ces approches peuvent avoir des conséquences très différentes sur

¹⁷⁹⁵ P. BRUN, « Premiers regards sur l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile, » *Revue Lamy Droit civil*, n°140, 2016, spé. n°29.

¹⁷⁹⁶ Il en existe d'autres, mais qui ont été moins bien reçues. On pense notamment à la théorie de la *causa proxima* (pour une présentation détaillée, v° C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile, op. cit.*, spé. n°51 et s., p.48 et s.), selon laquelle seule la dernière cause du dommage doit être prise en compte pour désigner le responsable d'un dommage. Cette vision du lien de causalité n'a jamais prospéré en raison des injustices qu'elle produirait (en ce sens, P. LE TOURNEAU, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, v° responsabilité : généralités, 2009, spé. n°45 ; Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, les obligations*, Sirey, 16^e édition, 2018-2019, spé. n°2401, p.81). On pense également à la causalité efficiente, suivant laquelle il faudrait retenir les seuls événements les plus importants dans la réalisation du dommage. Si certains auteurs trouvent cette théorie séduisante, ils reconnaissent qu'elle n'a eu que très peu de succès en droit français (Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, les obligations*, Sirey, 16^e édition, 2018-2019, spé. n°2402, p.813 ; P. LE TOURNEAU, *Répertoire de droit civil*, Dalloz v° Responsabilité : généralités, 2009, spé. n°45). Enfin, il avait également été proposé, par Dejean de la Bâtie, une théorie renouvelée de la causalité (N. DEJAN DE LA BATIE, *Responsabilité délictuelle*, T VI-2 du *Droit civil français d'Aubry et Rau*, 8^e édition, 1989, LexisNexis, spé. p.121-140). Dans cette approche, à l'inverse des causalités classiques retenues, c'est le comportement de celui à qui on veut imputer la faute qui est observé. Pour une présentation de cette approche de la causalité, v° A. DUMERY, « Responsabilité médicale, faute du patient et aggravation du dommage », *D.*, 2008, p.1256, spé. n°17 ; P. BRUN, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, v° Responsabilité du fait personnel, 2015, spé. n°119 ; L. CLERC-RENAUD, *Du droit commun et des régimes spéciaux en droit extracontractuel de la réparation*, thèse, Savoie, 2006 ; C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile, op. cit.*, spé. n°259 et s., p.265 et s.

¹⁷⁹⁷ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *op. cit.*, spé. n°859, p.926.

¹⁷⁹⁸ L'on pourrait s'interroger sur le point de savoir si le législateur n'a pas tranché cette question en matière de responsabilité contractuelle. En effet, en ce domaine, l'article 1231-4 du Code civil prévoit que « *les dommages et intérêts ne comprennent que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution* ». Cette expression de « *suite immédiate et directe* » renverrait, selon certains auteurs, à la théorie de la causalité adéquate (F.-X. TESTU, *Contrats d'affaires*, Dalloz, coll. Dalloz référence, 2010, spé. n°112.07 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *op. cit.*, spé. n°859, p.926. Cette interprétation, toutefois, ne nous paraît pas évidente. En effet, ni le législateur, ni la jurisprudence, n'ont précisé ce qu'il fallait entendre par « *suite immédiate et directe* ». Or, cette expression ne nous semble exclure aucune des deux théories de la causalité. Elle implique simplement que le dommage soit « *une suite immédiate et directe* » du fait générateur de responsabilité, autrement dit, qu'il lui soit causalement lié. Or, les deux théories de la causalité répondent à cette exigence. Simplement, la causalité adéquate aboutit à retenir non pas « *une* » suite immédiate et directe mais la suite immédiate et directe du fait générateur, puisqu'elle implique d'opérer un choix entre les différents événements qui ont concouru à la survenance du dommage (sur ce point, v° infra, n°499 et s.). L'équivalence des conditions, quant à elle, conduit à retenir toutes les suites immédiates et directes du fait générateur comme étant causalement liées à ce-dernier (sur ce point, v° infra, n°497). La lettre de l'article 1231-4 du Code civil ne tranche donc pas en faveur de l'une ou l'autre de ces théories, qui conduisent toutes deux à retenir l'existence d'un lien de causalité entre le dommage et le fait générateur de responsabilité.

¹⁷⁹⁹ En ce sens, v° notam. P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, Dalloz, 11^e édition, 2018-2019, spé. n°2131.5.

l'engagement de la responsabilité, la première étant plus large quant aux événements qu'elle retient, tandis que la seconde s'avère plus restreinte. Dès lors, selon que l'on retient l'une ou l'autre de ces théories, la responsabilité de l'arbitre pourra être plus ou moins facilement retenue.

Il est donc nécessaire, dans un premier temps, de présenter ces deux théories (1), pour proposer ensuite de retenir celle qui paraît la plus adaptée à la responsabilité de l'arbitre (2).

1. *La présentation des théories de la causalité*

496. Les deux théories qui ont prospéré en droit positif seront présentées successivement : la théorie de l'équivalence des conditions, d'abord (a) ; celle de la causalité adéquate, ensuite (b).

a. L'équivalence des conditions

497. La théorie de l'équivalence des conditions, parfois désignée comme l'« équivalence des causes »¹⁸⁰⁰, aurait été dégagée en doctrine par un pénaliste allemand, Von Buri, entre les années 1855 et 1860¹⁸⁰¹. Elle correspond à une conception extensive de la causalité¹⁸⁰². Cette théorie, qui s'est maintenue, veut que tous les éléments qui ont participé à la réalisation du dommage en forment la cause dès lors qu'on peut considérer qu'en leur absence, le dommage ne se serait pas produit¹⁸⁰³. Messieurs Flour, Aubert et Savaux optent pour une définition plus ramassée. Pour eux, la théorie de l'équivalence des conditions implique de retenir comme cause du dommage « toute condition sine qua non du dommage »¹⁸⁰⁴. Cette théorie induit une appréciation *in*

¹⁸⁰⁰ Civ. 2^e, 27 mars 2003, n°01-00.850, *Bull II*, n°76.

¹⁸⁰¹ Attribuant la paternité de la théorie de l'équivalence des conditions à Von Buri, v° C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, spé. n°25, p.32 ; Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, les obligations*, *op. cit.*, spé. n°2399, p.812 ; P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, Dalloz, 11^e édition, 2018-2019, spé. n°2131.54, p.631.

¹⁸⁰² En ce sens, v° P. BRUN, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, v° responsabilité du fait personnel, 2015, spé. n°112.

¹⁸⁰³ Pour des définitions en ce sens, v° P. LE TOURNEAU, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, v° responsabilité : généralités, 2009, spé. n°47 ; P. BRUN, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, v° responsabilité du fait personnel, 2015, spé. n°112.

¹⁸⁰⁴ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil Les obligations : Tome 2 Le fait juridique*, *op. cit.*, spé. n°157, p. 192. Cette définition est reprise par Monsieur Quezel-Ambrunaz (C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, spé. n°26, p.33).

concreto des causes afin de s'assurer qu'elles ont permis la réalisation du dommage en question, apprécié avec ses particularités concrètes¹⁸⁰⁵.

498. Cette théorie ne fait pas l'objet d'un accueil unanime en doctrine. Certains y sont particulièrement opposés. Tel est le cas notamment de Monsieur Le Tourneau¹⁸⁰⁶ et de Monsieur Borghetti¹⁸⁰⁷, qui lui font le grief de sa très grande souplesse. Monsieur Borghetti n'hésite pas à dire qu'une telle causalité permettrait de remonter jusqu'à Adam et Eve¹⁸⁰⁸. Plus généralement, Monsieur Quezel-Ambrunaz souligne qu'elle présente « *le risque d'engager la responsabilité de l'univers* »¹⁸⁰⁹. A lire ces auteurs, on comprend bien le reproche formulé : les éléments ayant concouru au dommage peuvent être nombreux et s'il faut considérer qu'ils sont tous liés au dommage, alors la théorie de l'équivalence des conditions ne permet d'opérer aucun choix entre ces différents éléments. Autrement dit, pour ses détracteurs, la théorie de l'équivalence des conditions entraîne une surdétermination causale¹⁸¹⁰.

Cela étant, certains auteurs y sont favorables, notamment pour les responsabilités pour faute. On peut, à ce titre, citer Messieurs Flour, Aubert et Savaux¹⁸¹¹. Dans l'ensemble, ces auteurs lui reconnaissent sa facilité d'application et sa capacité à indemniser les victimes. En outre, ils considèrent que le reproche de surdétermination causale peut tout à fait être limité dans certains cas. De fait, lorsque l'équivalence des conditions trouve à s'appliquer, elle ne conduit pas à retenir tous les comportements qui ont participé au dommage comme faits générateurs de responsabilité, mais uniquement ceux qui remplissent les conditions pour être qualifiés de faits fautifs¹⁸¹². C'est la raison pour laquelle les partisans de cette approche de la causalité considèrent qu'elle sied aux responsabilités pour faute : la nécessité de caractériser une faute opère comme limite naturelle à la souplesse de l'équivalence des

¹⁸⁰⁵ En ce sens, v° C. QUEZEL-AMBRUNAZ, Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile, *op. cit.*, spé. n°26, p.33.

¹⁸⁰⁶ P. LE TOURNEAU, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, v° Responsabilité : généralités, 2009, spé. n°47

¹⁸⁰⁷ J.-S. BORGHETTI, « De la causalité », in *Pour une réforme de la responsabilité civile*, (dir. F. TERRE), Dalloz, 2011, p.143.

¹⁸⁰⁸ *Ibid.*, spé. p.145.

¹⁸⁰⁹ C. QUEZEL-AMBRUNAZ, Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile, *op. cit.*, spé. n°30, p.35.

¹⁸¹⁰ En ce sens, v° C. QUEZEL-AMBRUNAZ, Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile, *op. cit.*, spé. n°50, p.48.

¹⁸¹¹ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, Droit civil Les obligations : Tome 2 Le fait juridique, *op. cit.*, spé. n°160, p.194.

¹⁸¹² En ce sens, v° notam. P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, Dalloz, 11^e édition, 2018-2019, spé. n°2131.54, p.633.

conditions. L'exigence d'une faute permet ainsi d'opérer un tri, parmi les éléments que l'équivalence des conditions désigne comme causes du dommage, afin d'engager la responsabilité des seules personnes dont la faute a contribué à la survenance du dommage.

En concurrence avec la théorie de l'équivalence des conditions, on trouve la théorie de la causalité adéquate.

b. La causalité adéquate

499. La causalité adéquate, également nommée théorie de la cause déterminante¹⁸¹³, ou du conditionnement adéquat¹⁸¹⁴, ou encore causalité probabiliste¹⁸¹⁵, aurait été, elle aussi, exposée par un auteur allemand, Von Kries, en 1886¹⁸¹⁶, avant de subir de nombreuses évolutions¹⁸¹⁷. Au sens moderne, cette théorie, que certains¹⁸¹⁸ présentent comme une correction à l'équivalence des conditions, veut que seuls soient considérés comme la cause du dommage les faits, ou le fait, correspondant à la cause qui, dans le cours normal des choses, est celle qui est déterminante du dommage. Dans cette théorie donc, tous les antécédents du dommage n'ont pas le même impact ; ne doivent être considérés comme la cause du dommage que celui ou ceux qui ont « *augmenté les probabilités du résultat constaté* »¹⁸¹⁹. Le recours à cette théorie implique alors d'identifier l'ensemble des éléments qui ont pu concourir à la réalisation du dommage et, parmi eux, de faire un « *pronostic rétrospectif* »¹⁸²⁰ pour

¹⁸¹³ P. JOURDAIN, « La responsabilité des père et mère : une responsabilité principale et directe, indépendante de celle du mineur », *D.*, 2003, p.231.

¹⁸¹⁴ G. MARTY, « La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile », *RTD Civ.*, 1939, p.685, spé. n°7.

¹⁸¹⁵ P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, Dalloz, 11^e édition, 2018-2019, spé. n°2131.55, p.633.

¹⁸¹⁶ Attribuant la paternité de cette théorie à Von Kries, v° P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, Dalloz, 11^e édition, 2018-2019, spé. n°2131.55, p.633 ; Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, les obligations*, Sirey, 16^e édition, 2018-2019, spé. n°2403, p.813 ; C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile, op. cit.*, spé. n°84, p.74.

¹⁸¹⁷ Pour une présentation de l'évolution de la notion au cours du temps, v° C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile, op. cit.*, spé. n°84-89, p.74-78.

¹⁸¹⁸ En ce sens, v° C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile, op. cit.*, spé. n°90, p. 78.

¹⁸¹⁹ P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, Dalloz, 11^e édition, 2018-2019, spé. n°2131.55.

¹⁸²⁰ J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil Les obligations : Tome 2 Le fait juridique, op. cit.*, spé. n°158-159, p.149-150 ; C. GRARE, *op. cit.*, spé. n°69, p.54.

déterminer *post factum*¹⁸²¹ quel fait est celui qui a, avec le plus de probabilité, été déterminant du dommage subi.

500. Cette théorie ne fait pas davantage l'unanimité au sein de la doctrine que celle de l'équivalence des conditions. Certains la défendent tandis que d'autres la critiquent. Au titre de ceux qui y sont favorables, figurent notamment Madame Grare, pour qui la causalité adéquate présente l'avantage de retenir « *plus souvent des liens de causalité plus sûre que l'équivalence des conditions. Bien qu'imparfaite, cette théorie a le mérite d'offrir plus de certitude à l'appréciation du lien de causalité* »¹⁸²². A l'inverse, ses détracteurs, tel Monsieur Quezel-Ambrunaz, estiment que cette approche de la causalité repose sur une méthode complexe et reposant sur des concepts flous qui rendent difficile sa mise en œuvre¹⁸²³. En tout état de cause, au-delà de leur désaccord, ces deux auteurs considèrent que la causalité adéquate est particulièrement adaptée aux responsabilités sans faute¹⁸²⁴ ou aux responsabilités reposant sur le seul risque : en ce qu'elle est particulièrement restrictive, elle permet de limiter les risques qui pourraient être source de responsabilité civile¹⁸²⁵.

Après cette rapide présentation des deux théories de la causalité qui coexistent en droit positif, il convient de s'interroger sur le point de savoir laquelle des deux s'avère la plus adaptée pour s'appliquer en matière de responsabilité arbitrale.

2. Le choix d'une théorie adaptée à la responsabilité civile de l'arbitre

501. Le choix de l'une ou l'autre des théories causales dépend de l'intensité du lien de causalité souhaité¹⁸²⁶ : selon que l'on cherche à faciliter l'engagement de la responsabilité ou à le compliquer, on optera, respectivement, pour la théorie de l'équivalence des conditions ou pour celle de la causalité adéquate. Pour opérer ce choix,

¹⁸²¹ P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, Dalloz, 11^e édition, 2018-2019, spé. n°2131.55.

¹⁸²² C. GRARE, *op. cit.*, spé. n°68, p.53.

¹⁸²³ En ce sens, v° C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile, op. cit.*, spé. n°95, p. 81.

¹⁸²⁴ C. GRARE, *op. cit.*, spé. n°69, p.54.

¹⁸²⁵ C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile, op. cit.*, spé. n°102, p. 86.

¹⁸²⁶ En ce sens, v° C. GRARE, *op. cit.*, spé. n°69, p.54.

il est nécessaire de raisonner en tenant compte de l'ensemble du régime de responsabilité en cause, afin d'aboutir à une solution cohérente¹⁸²⁷.

Or, il ressort de l'ensemble des développements qui précèdent que la responsabilité de l'arbitre, au sens où nous proposons de l'entendre, s'inscrit dans un schéma dual. Parce que la mission confiée à l'arbitre est hybride, il convient de distinguer selon qu'il agit en qualité de juge ou en qualité de contractant. En tant que juge, il engagera une responsabilité de nature délictuelle, mais seulement à raison de sa faute lourde juridictionnelle, car il doit, dans l'exercice de cette fonction, être protégé par un principe d'immunité sans pour autant agir en toute impunité. En tant que contractant, il engagera une responsabilité de nature contractuelle, pour faute simple, car il doit être traité, en cette qualité, comme n'importe quel contractant. Ce système de double responsabilité, que l'on propose de retenir, s'appuie sur un classement des obligations qui s'imposent à l'arbitre et, en conséquence, des manquements qu'il est susceptible de commettre. C'est donc la définition de la faute (faute lourde juridictionnelle, faute simple contractuelle) qui dicte le degré de sévérité ou de souplesse avec lequel la responsabilité de l'arbitre doit pouvoir être engagée. Autrement dit, le curseur se situe essentiellement dans le fait générateur de responsabilité. La solution proposée sur ce point aboutit à rendre facile l'engagement de la responsabilité contractuelle de l'arbitre lorsqu'il agit en tant que contractant, mais à limiter considérablement l'engagement de sa responsabilité délictuelle lorsqu'il agit en tant que juge.

502. En conséquence, pour rester en cohérence avec notre proposition, il nous semble nécessaire de retenir la théorie de la causalité la plus souple, qui est également la plus neutre, afin de maintenir le curseur de la responsabilité de l'arbitre autour du fait générateur de responsabilité. Dans cette optique, le choix de l'équivalence des conditions permet de maintenir l'équilibre trouvé à travers les définitions proposées du fait générateur de responsabilité.

S'agissant de l'arbitre-juge, le fait d'opter pour la causalité adéquate, plus restrictive¹⁸²⁸, aboutirait à rendre difficile non seulement la démonstration d'une faute

¹⁸²⁷ Monsieur Quezel-Ambrunaz, dans ses travaux dédiés à la causalité, souligne que « les différentes conditions de la responsabilité civile doivent être en harmonie entre elles » (C. QUEZEL-AMBRUNAZ, Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile, *op. cit.*, spé. n°108, p. 90).

lourde mais aussi d'un lien de causalité. Par exemple, imaginons que la nullité de la sentence soit prononcée pour irrégularité de la constitution du tribunal arbitral, dans un cas où l'irrégularité tiendrait à la fois à la violation du principe d'égalité entre les parties dans la nomination des arbitres¹⁸²⁹ et à la violation de l'obligation d'indépendance ou d'impartialité¹⁸³⁰ de l'arbitre. Dans une telle situation, pour échapper à l'engagement de sa responsabilité¹⁸³¹, l'arbitre pourrait soutenir que c'est la violation du principe d'égalité, et non pas le manquement à l'indépendance ou l'impartialité, qui est la cause déterminante de l'annulation de la sentence. La théorie de l'équivalence des conditions s'opposerait au succès d'une telle argumentation, dans la mesure où les deux manquements auront contribué à l'annulation de la sentence. Si, à l'inverse, son argument prospérait, il pourrait échapper à l'engagement de sa responsabilité grâce à la causalité adéquate alors même qu'il aurait été l'auteur d'une faute suffisamment grave pour engager sa responsabilité. L'équilibre trouvé entre immunité et impunité s'en trouverait alors rompu, en faveur d'une quasi-impunité. Afin d'éviter cet écueil, il nous semble que, dès lors que les comportements de nature à engager la responsabilité de l'arbitre répondent d'une définition exigeante, la causalité ne doit pas apparaître comme un deuxième frein. Elle doit, au contraire, se contenter d'offrir de larges possibilités. C'est précisément ce que permet la théorie de l'équivalence des conditions. Aucune crainte ne peut exister, ici, quant à une possible surdétermination causale¹⁸³², puisque seuls les faits répondant de la faute lourde juridictionnelle pourront être générateurs de responsabilité.

S'agissant, à l'inverse, de l'arbitre-contractant, le principe selon lequel une faute simple suffit relève d'une logique de facilitation de l'engagement de la responsabilité contractuelle. Cette logique serait contredite par le choix de la causalité adéquate, qui mettrait l'arbitre à l'abri de toute obligation de réparation chaque fois que son

¹⁸²⁸ Soulignant que la causalité adéquate est une causalité plus restrictive que l'équivalence des conditions, v° C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile, op. cit.*, spé. n°90, p. 78.

¹⁸²⁹ Civ. 1^e, 7 janvier 1992, *Rev. arb.*, 1992, p.470, note P. BELLET.

¹⁸³⁰ Si la Cour de cassation accepte de prononcer la nullité de la sentence, pour irrégularité de la constitution du tribunal arbitral dès lors qu'il existe un doute raisonnable sur l'impartialité ou l'indépendance de l'arbitre (pour une illustrations en matière d'impartialité, v° Civ. 1^e, 10 octobre 2012, n°11-20.299), c'est nécessairement qu'elle considère que le défaut d'indépendance et d'impartialité (ce qui est au-delà du simple doute) est une cause de nullité.

¹⁸³¹ Pour que sa responsabilité puisse être engagée, il faudrait établir l'existence d'une faute lourde juridictionnelle donc, suivant notre proposition, non seulement un manquement à l'obligation d'indépendance ou d'impartialité, mais aussi la violation d'une autre obligation juridictionnelle.

¹⁸³² V° *supra*, n°498.

comportement n'apparaîtrait pas comme la cause la plus déterminante du dommage causé. Par exemple, dans une hypothèse dans laquelle une sentence serait annulée pour non respect des délais de l'arbitrage et pour incompétence du tribunal arbitral, l'arbitre qui n'aurait pas respecté les délais de l'arbitrage pourrait voir sa responsabilité recherchée par les parties. Pour y échapper, il pourrait soutenir que la cause déterminante de la nullité de la sentence était l'incompétence du tribunal, et non pas le non-respect fautif des délais de l'arbitrage. Là encore, la causalité adéquate offrirait à l'arbitre un argument pour échapper à sa responsabilité, ce que ne permettrait pas, à l'inverse, l'équivalence des conditions. Du reste, c'est précisément en matière de responsabilité pour faute que la théorie de l'équivalence des conditions paraît la plus opportune¹⁸³³ : elle permet de sanctionner tous les comportements fautifs ayant concouru à la survenance du dommage, là où la causalité adéquate conduirait à n'en retenir qu'un. A l'inverse, la causalité adéquate est généralement considérée comme un meilleur choix dans les régimes de responsabilité sans faute¹⁸³⁴, qui ne concernent pas l'arbitre.

En somme, la théorie de l'équivalence des conditions est celle qui semble la plus adaptée à la responsabilité de l'arbitre, qu'il s'agisse de sa responsabilité contractuelle ou délictuelle. Dès lors que l'arbitre a commis une faute de nature à engager sa responsabilité (faute lourde juridictionnelle ou faute simple contractuelle), et que cette faute apparaît comme l'une des causes du dommage subi par la victime, l'arbitre doit être reconnu responsable. Il se peut, d'ailleurs, que plusieurs faits générateurs concourent à la survenance du même dommage. C'est alors le rôle causal du tribunal dans son ensemble qui pourra être interrogé.

B) Le rôle causal du tribunal arbitral collégial

503. Parfois, l'appréciation de la causalité peut conduire à retenir la responsabilité, non pas d'un seul arbitre, mais du tribunal arbitral lui-même, lorsqu'il est collégial. Soulignons d'emblée qu'il s'agit là d'une facilité de langage qui recouvre une réalité plus complexe. En effet, le tribunal arbitral n'étant pas une entité dotée de la personnalité morale, il n'engagera jamais, en tant que tel, sa responsabilité. Dire que le

¹⁸³³ V° *supra*, n°498.

¹⁸³⁴ V° *supra*, n°500.

tribunal collégial est responsable, c'est dire, en réalité, que l'ensemble des membres du tribunal vont être responsables *in solidum*. Les victimes pourront ainsi solliciter de l'un seul des arbitres l'entière réparation du dommage qu'elles ont subi¹⁸³⁵.

504. En matière de responsabilité arbitrale, deux séries d'hypothèses nous paraissent pouvoir donner lieu à une condamnation *in solidum* de l'ensemble des arbitres formant le tribunal arbitral collégial. D'abord, une telle condamnation devrait intervenir lorsque tous les arbitres ont commis une ou plusieurs fautes ayant contribué à la survenance du dommage¹⁸³⁶. Ensuite, elle devrait également pouvoir être prononcée lorsque le dommage a été causé par la faute d'un membre du tribunal qui n'est pas identifiable. Nous reprendrons ces deux hypothèses successivement en envisageant d'abord celle d'une pluralité de fautes commises par tous les membres du tribunal (1), puis celle d'une faute unique commise par un membre non identifié du tribunal (2).

1. Un dommage causé par les fautes de tous les arbitres

505. La jurisprudence admet de longue date la possibilité de condamner *in solidum* des coauteurs d'un même dommage¹⁸³⁷. Cette obligation *in solidum*¹⁸³⁸ a vocation à être prononcée par le juge à chaque fois qu'un ou plusieurs dommages sont causés par plusieurs coauteurs, lesquels vont être condamnés ensemble à le réparer¹⁸³⁹. Il faut donc, d'une part, une pluralité de faits générateurs de responsabilité imputables à des auteurs différents¹⁸⁴⁰ et, d'autre part, un dommage indivisible¹⁸⁴¹, encore dit

¹⁸³⁵ En ce sens, v° A. BENABENT, *Droit des obligations*, LGDJ, Coll. Précis Domat, 18e édition, 2019, spé. n°674, p.523.

¹⁸³⁶ Il se peut aussi que deux arbitres sur trois, par exemple, soient les auteurs d'une faute ayant contribué à la survenance du dommage. Dans ce cas, ce n'est pas l'ensemble des membres du tribunal qui seront poursuivis, mais seulement les deux arbitres fautifs. Pour que le tribunal soit poursuivi dans son ensemble, c'est-à-dire à travers tous ses membres, il faut que tous se soient rendus coupables de fautes de nature à engager leur responsabilité.

¹⁸³⁷ Ch Mixte, 26 mars 1971, n°68-13.407, *Bull Mixte*, n°6.

¹⁸³⁸ Pour une présentation des différentes manières dont l'obligation *in solidum* a pu être dénommée avant que cette dénomination ne soit retenue, v° M. MIGNOT, *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque des Thèses, 2002, spé. n°251, p.203.

¹⁸³⁹ En ce sens, v° C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, spé. n°576, p. 596 ; M. MIGNOT, *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français*, *op. cit.*, spé. n°248, p.201.

¹⁸⁴⁰ Pour une présentation du concours de plusieurs faits générateurs comme condition de l'obligation *in solidum*, v° M. MIGNOT, *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français*, *op. cit.*, spé. n°251, p.202-204 ; P. Le TOURNEAU, J. JULIEN, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, v° Solidarité, 2018, spé. n°175 ; P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, Dalloz, 11e édition, 2018-2019, spé. n°2132.111, p.644.

unique¹⁸⁴², résultant de ces différents faits générateurs. Dit autrement, les coauteurs ne seront responsables *in solidum* que dans les cas où leurs comportements fautifs auront causé le même dommage ou les mêmes dommages. En revanche, si leurs comportements causent des dommages différents, chaque auteur sera responsable de son propre dommage¹⁸⁴³. En application de ces principes, nous verrons que l'arbitrage se prête bien, en présence d'un tribunal collégial, à l'hypothèse d'une responsabilité *in solidum* de l'ensemble des membres du tribunal. Deux séries de situations, en effet, peuvent conduire à engager la responsabilité *in solidum* des membres dont les fautes ont concouru à la survenance d'un même dommage.

506. En premier lieu, il se peut que chacun des arbitres commette, individuellement, une faute délictuelle ou contractuelle qui contribue, conjointement avec la faute des autres, à la survenance du dommage causé. Ces multiples fautes peuvent être contractuelles ou juridictionnelles. En effet, les condamnations *in solidum* des coauteurs d'un dommage ont d'abord été prononcées en matière délictuelle avant d'être étendues à la responsabilité contractuelle¹⁸⁴⁴.

Ainsi, il se peut que tous les membres du tribunal arbitral aient manqué à la même obligation contractuelle. On peut imaginer que l'ensemble des arbitres ait violé leur obligation de confidentialité en révélant l'existence de l'arbitrage, qu'ils aient refusé de participer à la constitution du tribunal arbitral ou aient méconnu leur obligation de révélation. Dans de tels cas, chacun des arbitres, en manquant à son obligation, aura contribué à la survenance du même dommage : chaque manquement à l'obligation de confidentialité aura pu être à l'origine du préjudice d'image subi par les parties ; chaque

¹⁸⁴¹ M.MIGNOT, Les obligations solidaires et les obligations *in solidum* en droit privé français, Dalloz, 2002, spé. n°25°, p.202 et n°255, p.206.

¹⁸⁴² P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, Dalloz, 11^e édition, 2018-2019, spé. n°2132.111, p.644.

¹⁸⁴³ En ce sens, v° M.MIGNOT, Les obligations solidaires et les obligations *in solidum* en droit privé français, *op. cit.*, spé. n°255, p.206 ; P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, Dalloz, 11^e édition, 2018-2019, spé. n°2132.111, p.644.

¹⁸⁴⁴ Pour une présentation en ce sens v° P. Le TOURNEAU, J. JULIEN, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, v° Solidarité, 2018, spé. n°172 ; M.MIGNOT, *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français, op. cit.*, spé. n°248, p.201 et n°251, p.203, où l'auteur souligne que les coauteurs de fautes délictuelles correspondent au berceau de l'obligation *in solidum*. En matière contractuelle, les condamnations *in solidum* peuvent intervenir soit lorsque les coauteurs sont tous les deux parties à un même contrat (v° par ex. Civ. 1^e, 28 mars 1995, n°93-10.894, *Bull I*, n°146 ; Civ. 1^e, 26 mars 1996, n°94-12.228), soit lorsqu'ils sont parties à des contrats différents avec le même créancier (v° pour une hypothèse avec un médecin et une clinique : Civ. 1^e, 1^{er} juin 1976, n°75-11.611 et n°75-11.976, *Bull I*, n°208 ; pour une clinique et un pédiatre, Civ. 1^e, 30 octobre 1995, n°93-20.544, *Bull I*, n°383).

refus de participer à la constitution du tribunal arbitral aura engendré des frais supplémentaires liés à la prolongation de l'instance et à la nécessité de nommer l'arbitre manquant ; chaque manquement à l'obligation de révélation aura, s'il est de nature à causer un doute raisonnable sur l'indépendance et l'impartialité, contribué à causer les préjudices liés à la nullité de la sentence¹⁸⁴⁵. Chacun des arbitres pourra alors être condamné *in solidum* à réparer l'entier préjudice qu'il a contribué à causer.

Il est également envisageable que plusieurs arbitres aient manqué à des obligations contractuelles différentes. Ainsi, l'un des arbitres peut avoir manqué à son obligation de révélation tandis qu'un autre aura manqué à son obligation d'organiser l'instance arbitrale et un troisième, à son obligation de participer à la constitution du tribunal ou à son obligation de confidentialité. La difficulté sera alors d'établir que chacune des fautes a contribué à la survenance du même dommage ; à défaut, chacun devra être condamné à réparer le dommage qu'il a causé, sans qu'une condamnation *in solidum* ne puisse être prononcée. Or, il nous semble qu'en matière contractuelle, il est particulièrement difficile d'identifier des cas dans lesquels des manquements distincts contribueront à la survenance d'un même dommage. En effet, il semble que chaque manquement contractuel est susceptible de causer un dommage qui lui est propre. Ainsi, le manquement à l'obligation de participer à la constitution du tribunal arbitral entraînera un préjudice financier consistant dans des frais inutilement exposés ou dans la nécessité d'en exposer de nouveaux. La violation de la confidentialité, quant à elle, provoquera davantage un préjudice d'ordre moral. Le manquement à l'obligation de révélation induira, pour sa part, s'il fait naître un doute raisonnable sur l'indépendance et l'impartialité, la nullité de la sentence.

¹⁸⁴⁵ Le défaut de révélation pourrait conduire à la nullité soit sur le fondement de l'article 1520, 2° du Code de procédure civile soit sur celui de l'article 1520, 5° (en ce sens, v° C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, spé. n°755, p.748). Si le fondement n'est pas encore absolument certain, la nullité de la sentence, pour manquement à l'obligation de révélation, a été plusieurs fois prononcée par les juridictions (en ce sens, v° CA Paris, 28 octobre 1999, *Rev. arb.*, 1996, note P. FOUCHARD ; CA Paris, 17 février 2005, *Rev. arb.*, 2005, note M.HENRY ; CA Paris, 29 janvier 2004, *JCP G* 2004, I, 179, n°5, note C. SERAGLINI). Sur cette nullité, une question demeure : est-elle automatique ? (pour une présentation de cette incertitude, v° C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, spé. n°756, p.749-750) Autrement dit, pour que la nullité de la sentence soit prononcée suffit-il qu'un manquement à l'obligation de révélation soit constaté ? Si la Cour de cassation a pu, dans son premier temps, apporter une réponse positive (la Cour de cassation semble avoir tranché en ce sens, Civ. 2°, 6 décembre 2001 n°00-10.711), il semble, qu'aujourd'hui, la réponse soit négative. En effet, dans son dernier état, la jurisprudence considère que la nullité de la sentence pour manquement à l'obligation de révélation ne peut être prononcée que si ce manquement crée un doute raisonnable sur l'indépendance ou l'impartialité de l'arbitre (plusieurs décisions semblent retenir plutôt cette approche, en ce sens v° CA Paris, 11 mars 2011, *Les cahiers de l'arbitrage*, 2011, p.787, note M. HENRY ; Civ. 1°, 16 décembre 2015, n°14-26.279). Au final, la nullité de la sentence peut ne pas être prononcée alors même que l'arbitre aurait manqué à son devoir de révélation.

En matière juridictionnelle, il se peut également que chacun des membres du tribunal arbitral collégial méconnaisse l'une de ses obligations. Par exemple, on peut imaginer que plusieurs arbitres aient violé leur obligation d'impartialité ou d'indépendance. Dans ces hypothèses, l'engagement de la responsabilité *in solidum* des arbitres ne sera pas chose aisée car celle-ci supposera, suivant notre proposition, la démonstration d'une faute lourde juridictionnelle. Or, celle-ci implique que l'arbitre manque à ses obligations juridictionnelles essentielles, ce qui se traduit par une double méconnaissance, d'une part, de son obligation d'indépendance ou d'impartialité et, d'autre part, d'une autre obligation juridictionnelle¹⁸⁴⁶. Il faudra donc, pour aboutir à une condamnation *in solidum*, que chacun ait méconnu son obligation d'indépendance ou d'impartialité et qu'il ait, en outre, violé une autre obligation juridictionnelle, comme le secret du délibéré. Si une telle hypothèse survenait, il pourrait être considéré que chacun des arbitres a, par sa faute lourde juridictionnelle, contribué à la survenance des dommages consécutifs à l'annulation de la sentence et des dommages liés à la divulgation du secret du délibéré. Chacun devra alors être condamné *in solidum* avec les autres à la réparation des entiers dommages.

Enfin, il se peut que certains membres du tribunal aient violé une obligation de nature à engager leur responsabilité contractuelle tandis que d'autres auront violé une obligation de nature à engager leur responsabilité délictuelle. En effet, la condamnation *in solidum* peut être prononcée en présence de faits générateurs relevant de différents ordres de responsabilité¹⁸⁴⁷. Autrement dit, un concours entre le manquement contractuel d'un arbitre et la faute lourde juridictionnelle d'un autre arbitre peut aussi conduire à la responsabilité *in solidum* de ces arbitres. Il faut simplement, là encore, que les différents faits générateurs aient été à l'origine d'un même dommage. Il en ira ainsi par exemple lorsque dans un arbitrage interne, un arbitre n'aura pas respecté son obligation juridictionnelle liée aux exigences formelles de validité de la sentence en ne la signant pas tandis qu'un autre aura manqué à son obligation contractuelle de révélation qui, si elle est de nature à créer un doute raisonnable sur l'indépendance et l'impartialité

¹⁸⁴⁶ V° *supra* n°410.

¹⁸⁴⁷ Pour des illustrations, v° Civ. 29 novembre 1948, *D.*, 1949, 117, note H. LALOU ; Civ. 1^e, 7 octobre 1958, *D.*, 1958, 763 ; Civ. 3^e, 5 décembre 1972, n°71-13.818, *Bull II*, n°651, Civ. 3^e, 11 juin 1976, n°75-10.491, *Bull III*, n°260 ; Civ. 1^e, 26 mars 1996, n°94-12.228, *Bull I*, n°154 ; Com., 22 février 2000, n°98-18.728.

de l'arbitre, est de nature à entraîner la nullité de la sentence¹⁸⁴⁸. Chacun de ses comportements aura concouru à la nullité de la sentence et aux dommages qui en découleront si bien que ces arbitres engageront leur responsabilité *in solidum*.

Dans toutes les situations que l'on vient d'envisager, chacun des coauteurs aura commis un manquement à une obligation qui s'imposait à lui individuellement et qui, combiné aux manquements de ses coarbitres, aura contribué à la survenance d'un dommage unique. C'est alors l'ensemble des membres du tribunal qui pourront être condamnés *in solidum*.

507. En second lieu, le concours des fautes des arbitres peut également être caractérisé par un manquement collégial à une obligation unique. En effet, la responsabilité *in solidum* de membres d'un groupe peut être recherchée lorsque l'obligation qui a été inexécutée ou violée était une obligation collective, encore appelée obligation collégiale¹⁸⁴⁹. Ces obligations sont celles qui doivent être exécutées par plusieurs personnes ensemble. En matière arbitrale, on en retrouve aussi bien au sein des obligations contractuelles que juridictionnelles.

Ainsi, en matière contractuelle, l'obligation de respecter les délais de l'arbitrage pèse collectivement sur l'ensemble des membres du tribunal arbitral¹⁸⁵⁰. Si la sentence est annulée¹⁸⁵¹ pour ne pas avoir été rendue dans les délais de l'arbitrage, ce n'est pas la faute individuelle d'un arbitre qui sera en cause, mais la faute collective des membres du tribunal : chacun pourra être tenu pour responsable de n'avoir pas veillé à empêcher l'épuisement des délais, par exemple en sollicitant une prorogation auprès du juge d'appui. La responsabilité de tous les membres du tribunal sera alors engagée *in solidum*.

¹⁸⁴⁸ A condition que la nullité de la sentence soit prononcée non seulement pour le défaut de révélation mais aussi pour le défaut de signature.

¹⁸⁴⁹ L'expression est empruntée à Monsieur Stoffel-Munck (P. STOFFEL-MUNCK, « La responsabilité de l'arbitre », *Rev. arb.*, 2017, p.1123, spé. n°51, p.1141).

¹⁸⁵⁰ En ce sens, Monsieur Loquin considère que : « Lorsque l'arbitrage est collégial, chaque arbitre dispose du droit de demander la prorogation du délai d'arbitrage à la juridiction compétente. Il en résulte que chaque arbitre doit veiller à empêcher l'épuisement du délai, et non pas seulement le président du tribunal arbitral. Chacun des arbitres est en conséquence responsable du manquement du tribunal arbitral à cette obligation ». E. LOQUIN, « La responsabilité des arbitres pour dépérissement du délai d'arbitrage », *RTD Com.*, 2016, p.75.

¹⁸⁵¹ La nullité de la sentence pour irrespect des délais est prononcée sur le fondement de l'article 1520, 3° du Code de procédure civile, en matière d'arbitrage international (en ce sens, v° CA Paris, 18 juin 2013, n°12-00480) et en matière interne sur le fondement de l'article 1492 du Code de procédure civile.

En matière juridictionnelle, la plupart des obligations liées à l'instance et à la sentence sont des obligations collectives. En effet, en présence d'un tribunal collégial, l'acte de juger est une œuvre commune à tous les membres du tribunal. Les obligations qui en découlent s'imposent donc collectivement à l'ensemble des membres du tribunal. En conséquence, un manquement à l'une de ces obligations est, par nature, collectif : il ne peut être imputé qu'à l'ensemble des arbitres, en ce qu'ils forment le tribunal. Sont concernées l'obligation de respecter les principes directeurs du procès (principe dispositif, loyauté, contradiction, égalité)¹⁸⁵², l'obligation de célérité, l'obligation de trancher le litige dans le respect des règles applicables, l'obligation de délibérer ou encore l'obligation de motiver la sentence et d'en respecter les exigences formelles¹⁸⁵³. Toutefois, si l'on s'en tient à notre proposition de définition de la faute lourde, le seul manquement à l'une de ces obligations juridictionnelles ne suffira pas à engager la responsabilité de ses auteurs, s'il ne s'accompagne pas d'un manquement à l'obligation d'indépendance ou d'impartialité. Or, cette dernière obligation est, par nature, une obligation individuelle, dotée d'un fort *intuitu personae*. Pour que la responsabilité soit collective, c'est-à-dire que tous les membres du tribunal arbitral soient condamnés *in solidum* à la réparation du préjudice causé par un manquement collectif lié à l'acte de juger, il faudra donc que soit établi, en sus de ce manquement collectif, un manquement individuel de chaque arbitre à son obligation d'indépendance ou d'impartialité. L'hypothèse sera donc particulièrement rare, précisément parce que la faute lourde juridictionnelle, au sens où l'on propose de l'entendre, recouvre à la fois un manquement individuel (manquement à l'obligation d'indépendance ou d'impartialité) et un manquement collectif (manquement à une autre obligation juridictionnelle collégiale). Or, l'arbitre qui a manqué, collectivement, à une obligation liée à l'acte de juger ne doit pas voir sa responsabilité engagée pour cette faute simple, s'il ne s'est pas par ailleurs rendu coupable d'un manquement à son obligation d'indépendance ou d'impartialité.

¹⁸⁵² Se prononçant également en faveur de la nature collégiale de l'obligation de respecter les principes directeurs du procès, v° P. STOFFEL-MUNCK, « La responsabilité de l'arbitre, » *Rev. arb.*, 2017, p.1123, spé. n°58, p.1143.

¹⁸⁵³ A l'exception de la signature de la sentence qui pèse sur le président et qui est donc personnelle.

Outre ces cas de fautes plurales, le tribunal arbitral peut aussi être poursuivi à travers l'ensemble de ses membres dans le cas où l'un d'entre eux commet une faute génératrice de responsabilité, sans qu'il soit possible d'identifier précisément l'auteur.

2. *Un dommage causé par un arbitre non identifié*

508. Il arrive qu'une victime puisse établir avec certitude que son dommage a été causé par le membre d'un groupe, sans pour autant parvenir à identifier précisément quel membre du groupe a été l'auteur du fait générateur de responsabilité. Dans ce cas, la victime se retrouve dans l'impossibilité de rattacher le fait fautif cause de son dommage à l'auteur de celui-ci. Autrement dit, elle est dans l'incapacité d'imputer le fait générateur de responsabilité à son auteur¹⁸⁵⁴. Pourtant, dans ce type de situation, la Cour de cassation a accepté d'engager la responsabilité *in solidum* de tous les membres du groupe¹⁸⁵⁵. Ainsi, lorsqu'un dommage peut être imputé à un groupe, mais ne peut être rattaché spécifiquement au comportement de l'un de ses membres, la victime pourra engager la responsabilité *in solidum* de chacun des membres du groupe.

Si le fondement de cette solution est discuté¹⁸⁵⁶, il tient, pour certains auteurs, dans une approche de la causalité favorable à la victime¹⁸⁵⁷. Pour Madame Viney, en particulier, cette solution se fonde sur une présomption de causalité qui conduit à autoriser l'engagement de la responsabilité d'un seul membre d'un groupe dès lors que la victime a satisfait aux exigences du lien de causalité¹⁸⁵⁸. Pour cela, il suffit que la victime ait montré que le dommage qu'elle subit n'a pu être causé que par l'une des personnes du groupe auquel appartient celle contre laquelle l'action est dirigée. Cette

¹⁸⁵⁴ Pour une présentation en ce sens, v° C. QUEZEL-AMBRUNAZ, « La fiction de causalité alternative », *D.*, 2010, p.1162.

¹⁸⁵⁵ Pour des illustrations, v° Civ. 2^e, 1^{er} avril 1998, n°95-10.804, *Bull I*, n°119 ; Civ. 2^e, 2 avril 1997, n°95_14.428, *Bull II*, n°112.

¹⁸⁵⁶ Pour certains, cette solution serait un avatar de la responsabilité des personnes morales (H. ABERKANE, « Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes », *RTD Civ.*, 1958, p.516 ; D. MAYER, « La garde en commun », *RTD Civ.*, 1954, p.497). Pour d'autres, elle s'expliquerait par un anéantissement des moyens de preuve justifié par la participation collective (I. E. POSTACIOGLU, « Fautes simultanées et le problème de la responsabilité collective », *RTD Civ.*, 1954, p.438). Pour d'autres encore, elle reposerait sur une fiction de causalité alternative (C. QUEZEL-AMBRUNAZ, « La fiction de causalité alternative », *D.*, 2010, p.1162).

¹⁸⁵⁷ En ce sens, v° J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil Les obligations : Tome 2 Le fait juridique*, op. cit., spé. n°171, p.209 ; G. VINEY, « La responsabilité *in solidum* encourue à l'occasion d'un dommage imputable à un membre anonyme d'un ensemble de personnes identifiées », *RDC*, 2010, p.1247.

¹⁸⁵⁸ A l'inverse, un auteur a pu considérer que dans cette situation on condamnerait à indemniser un auteur alors même que la victime ne peut pas rapporter l'existence d'un lien de causalité entre le fait générateur imputable à l'un des membres du groupe et le dommage subi (M. MIGNOT, *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français*, op. cit., spé. n°254, p.204-205).

preuve fera présumer que le dommage qu'elle a subi se rattache au comportement de chacun des membres du groupe. La victime pourra alors agir contre l'un seul des membres pour le tout, parce que chacun pourra être déclaré responsable *in solidum* avec les autres. Il reviendra ensuite à celui qui a été poursuivi d'exercer un éventuel recours en contribution contre les autres membres du groupe pour qu'il soit décidé de qui supportera, *in fine*, la charge de la dette de responsabilité et à quelle hauteur.

509. Ce type de situation est parfaitement envisageable en matière arbitrale. En effet, parmi les obligations de l'arbitre, contractuelles comme juridictionnelles, certaines apparaissent particulièrement susceptibles d'être méconnues par un membre non identifié du tribunal.

En matière contractuelle, on pense spécifiquement à l'obligation de confidentialité. En effet, on peut tout à fait imaginer qu'il n'y ait aucun doute sur le fait que la confidentialité ait été violée par le tribunal, parce que les parties constateront que des informations frappées de confidentialité auront été révélées, sans pour autant que l'on puisse établir précisément lequel des arbitres aura transmis lesdites informations¹⁸⁵⁹. De même, lorsqu'il est constaté une faille dans l'organisation matérielle de l'instance confiée aux arbitres¹⁸⁶⁰ (salle d'audience impropre à préserver la confidentialité, absence de matériel nécessaire...), il n'est pas forcément aisé pour les parties de savoir lequel des arbitres a mal exécuté son obligation. Cela, d'autant plus si l'organisation a été confiée à un secrétaire arbitral dont le tribunal doit répondre. Dans ces situations où il est impossible de déterminer l'auteur du manquement, mais où il est établi qu'un manquement a nécessairement été commis par l'un des membres du tribunal (ou par l'une des personnes que les arbitres ont fait intervenir dans l'exécution de leurs obligations contractuelles), la responsabilité de chacun d'entre eux pourra être engagée *in solidum*. Il appartiendra ensuite aux arbitres d'exercer des recours contributifs s'ils sont en mesure de déterminer lequel d'entre eux a commis le

¹⁸⁵⁹ Plus haut, on a pu considérer que la violation de l'obligation de confidentialité pouvait être rattachée à un des membres du tribunal arbitral. En effet, selon nous, le manquement à l'obligation de confidentialité peut aussi bien conduire la victime à connaître l'auteur de ce manquement qu'à l'ignorer. En effet, on peut imaginer que la partie puisse démontrer avec précision lequel des membres du tribunal a violé l'obligation de confidentialité, tout comme elle pourrait ne pas y arriver. Cette double possibilité nous conduit donc à considérer que la violation de l'obligation de confidentialité peut être commise par un membre du tribunal arbitral que l'on peut désigner ou non.

¹⁸⁶⁰ A condition que les parties n'aient pas préféré se charger de l'organisation matérielle de l'instance, ce qui est, en pratique, courant.

manquement qui les a tous obligés à l'indemnisation du préjudice. Les arbitres non fautifs pourront alors se retourner contre l'arbitre fautif, lequel devra, *in fine*, supporter seul le poids de la réparation du préjudice qu'il aura causé.

En matière juridictionnelle, seule une obligation nous paraît se prêter à l'hypothèse d'un manquement commis par un membre non identifié du tribunal arbitral : il s'agit de l'obligation du secret du délibéré¹⁸⁶¹. Or, en ce domaine, l'engagement de la responsabilité *in solidum* de tous les arbitres ne sera pas évidente puisque la responsabilité délictuelle d'un arbitre suppose la démonstration d'une faute lourde juridictionnelle. Outre le manquement au secret du délibéré, qui peut être commis par un membre non identifié du tribunal, il faudra établir que les arbitres dont on recherche la responsabilité ont manqué à leur obligation d'indépendance ou d'impartialité. Ce n'est donc que très rarement qu'il sera possible d'engager la responsabilité de plusieurs arbitres *in solidum* en cas de manquement au secret du délibéré par un arbitre non identifié.

Si, jusqu'à présent, le lien de causalité a été envisagé dans son aspect positif, en ce qu'il est requis comme condition d'engagement de la responsabilité civile, il peut également jouer un autre rôle : dans un versant négatif, il peut faire obstacle à l'engagement de la responsabilité des arbitres, en caractérisant une cause d'exonération.

§2) La rupture du lien de causalité comme cause d'exonération de la responsabilité de l'arbitre

510. L'exonération de responsabilité suppose qu'un événement autre que le fait générateur de responsabilité soit à l'origine du dommage causé. Cet événement va venir distendre, voire rompre le lien de causalité entre le fait générateur et le dommage. Un tel événement conduit alors à ce que l'auteur de la faute ou du manquement contractuel soit exonéré de sa responsabilité, tantôt partiellement, tantôt totalement¹⁸⁶².

¹⁸⁶¹ Les autres obligations juridictionnelles sont soit collégiales (le manquement sera alors collectivement commis par tous les arbitres), soit dotées d'un fort *intuitu personae* (l'auteur du manquement sera alors nécessairement identifié).

¹⁸⁶² Pour une présentation générale en ce sens des causes d'exonération, v° P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, Dalloz, 11^e édition, 2018-2019, spé. n°214.11, p.665-666 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil Les obligations : Tome 3 Le rapport d'obligation*, *op. cit.*, spé. n°215, p.212.

Classiquement, l'ensemble des causes d'exonération sont regroupées sous l'expression de « cause étrangère » (A), que l'on présentera brièvement avant de vérifier son applicabilité en matière de responsabilité arbitrale (B).

A) La présentation de la cause étrangère

511. Il est traditionnel de considérer que les causes d'exonération sont regroupées sous l'appellation unique de cause étrangère, en matière de responsabilité civile. Sont visées, à travers cette expression : la force majeure¹⁸⁶³ qui se confond avec le cas fortuit¹⁸⁶⁴ ; la faute de la victime¹⁸⁶⁵ ; parfois même, le fait du tiers¹⁸⁶⁶. Ce dernier ne constitue toutefois pas une cause d'exonération autonome, car il n'est exonératoire que lorsqu'il recouvre les caractères de la force majeure¹⁸⁶⁷. Il constitue donc, au mieux, une illustration de la forme que peut prendre la force majeure. La question des causes d'exonération se concentre donc essentiellement autour de deux notions : la force majeure, d'une part, et la faute de la victime, d'autre part.

512. Textuellement, seule la force majeure est actuellement régie par le Code civil et, ce, en matière contractuelle seulement. En effet, l'article 1231-1 du Code civil dispose que « *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure* ». Il en ressort très explicitement que, lorsque le manquement contractuel trouve sa cause dans la force majeure, la responsabilité contractuelle de l'auteur dudit manquement ne peut pas être

¹⁸⁶³ Monsieur Gréau souligne que dans une acception large, la notion de cause étrangère peut être confondue avec celle de force majeure (F. GREAU, *Répertoire de droit civil*, v° Force majeure, 2017, spé. n°6). La Cour de cassation peut aussi parfois assimiler la force majeure à la cause étrangère (pour une illustration, v° Civ. 2^e, 17 février 2011, n°10-30.439).

¹⁸⁶⁴ Soulignant qu'aujourd'hui la force majeure et le cas fortuit sont des notions assimilées, v° F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil Les obligations*, Dalloz, 12^e édition, 2019, spé. n°747, p.809 ; F. GREAU, *Répertoire de droit civil, Force majeure*, juin 2017, spé. n°5 ; H. BOUCARD, *Droit civil, Responsabilité contractuelle*, 1^e édition, Dalloz, 2019, spé. n°323 et s., p.174 et s.

¹⁸⁶⁵ Lorsque l'on évoque la notion de faute de la victime comme cause d'exonération, on vise bien évidemment la faute de la victime à l'égard de l'auteur du fait générateur de responsabilité. S'il s'agit d'une faute de la victime à l'égard d'un tiers, cette faute ne pourrait entraîner une exonération de la responsabilité (en ce sens, P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, Dalloz, 11^e édition, 2018-2019, spé. n°2144.71, p.712).

¹⁸⁶⁶ Certains incluent dans la cause étrangère le fait du tiers ; v° par ex. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil Les obligations : Tome 3 Le rapport d'obligation*, Sirey, 9^e édition, 2015, spé. n°223, p.222 ; F. GREAU, *Répertoire de droit civil, Dalloz*, v° Force majeure, juin 2017, spé. n°7.

¹⁸⁶⁷ Monsieur Gréau souligne d'ailleurs ce manque d'indépendance du fait du tiers qui ne peut être exonératoire qu'à condition de présenter les caractères de la force majeure (F. GREAU, *op. cit.*, spé. n°7).

recherchée. Cette disposition, qui n'est pas nouvelle¹⁸⁶⁸, a été complétée à l'occasion de la réforme du droit des obligations par une définition légale. Ainsi, l'article 1218 du Code civil énonce qu'« *il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur* ».

Par cette définition, le législateur a réaffirmé les trois caractéristiques classiques de la force majeure que sont l'extériorité, l'imprévisibilité et l'irrésistibilité. L'extériorité implique que le fait soit étranger à l'auteur du fait générateur de responsabilité¹⁸⁶⁹. La formule de l'article 1218 visant un « *événement échappant au contrôle du débiteur* » y renvoie. L'imprévisibilité exige que le fait n'ait pas pu être prévu par le défendeur à l'action en responsabilité¹⁸⁷⁰, qu'il ait été soudain et inenvisageable par lui¹⁸⁷¹ ; ce caractère s'apprécie, en matière contractuelle, au jour de la formation du contrat. C'est ce que vise le texte quand il évoque un événement « *qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat* ». L'irrésistibilité, quant à elle, commande que le défendeur n'ait pu lutter contre l'événement, qu'il n'ait pu en empêcher la réalisation. Le texte s'y réfère en évoquant un événement « *dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées* ».

Cette précision selon laquelle la force majeure recouvre, en matière contractuelle, les trois caractéristiques classiques était la bienvenue. En effet, elle permet de mettre un terme aux discussions qui entouraient la question de la définition de la force majeure en matière contractuelle¹⁸⁷². Il avait notamment été proposé

¹⁸⁶⁸ Avant l'ordonnance du 10 février 2016 ayant modifié le droit des obligations, l'article 1148 du Code civil énonçait : « Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit ». Monsieur Gréau souligne d'ailleurs que cet article 1148 du Code civil était encore plus clair que l'article 1231-1 du Code civil car il ne laissait aucune place au débat quant à l'effet de la force majeure (F. GREAU, *op. cit.*, spé. n°87).

¹⁸⁶⁹ Pour une définition en ce sens du critère d'extériorité, v° F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *op. cit.*, spé. n°749, p.810 ; F. GREAU, *op. cit.*, spé. n°26 ; C.-E. BUCHER, « Contrats : la force majeure et l'imprévision remèdes à l'épidémie de covid-19 », *Contrats Concurrence Consommation*, n°4, avril 2020, étude 5, spé. n°9.

¹⁸⁷⁰ Pour une définition en ce sens du caractère de l'imprévisibilité, v° F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *op. cit.*, spé. n°749, p.810.

¹⁸⁷¹ S. HOCQUET-BERG, « La force majeure aux deux visages », *Responsabilité civile et assurances* n°5, mai 2018, étude 6, spé. n°5.

¹⁸⁷² V° par ex. H. BOUCARD, *Droit civil, Responsabilité contractuelle, op. cit.*, spé. n°348, p.184 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *op. cit.*, spé. n°750, p.812-813 ; F. GREAU, *op. cit.*, spé. n°27.

d'exclure l'extériorité¹⁸⁷³ et l'imprévisibilité¹⁸⁷⁴ des conditions de la force majeure. Seule devait demeurer la condition tenant à l'irrésistibilité. Cette approche, dite « moderne »¹⁸⁷⁵, avait trouvé des échos en jurisprudence¹⁸⁷⁶, avant que la Cour de cassation ne revienne à une approche plus traditionnelle. Ainsi, dans un arrêt d'Assemblée plénière du 14 avril 2006, elle a considéré que la force majeure était caractérisée dès lors que « *la maladie grave survenue après la conclusion du contrat présentait un caractère imprévisible et que la chronologie des faits ainsi que les attestations relatant la dégradation brutale de son état de santé faisaient la preuve d'une maladie irrésistible* »¹⁸⁷⁷. Eclairant sa décision, la Cour de cassation a, dans son communiqué y afférent, indiqué avoir « *réaffirmé la conception classique de la force majeure. Elle a en effet jugé, par deux arrêts du 14 avril 2006, que les critères cumulés conservaient toute leur pertinence pour caractériser la force majeure exonératoire en matière délictuelle comme en matière contractuelle* »¹⁸⁷⁸. L'article 1218 du Code civil, issu de l'ordonnance du 10 février 2016, a donc consacré cette définition classique de la force majeure¹⁸⁷⁹.

513. Actuellement, seule la matière contractuelle bénéficie d'une consécration et d'une définition légales de la force majeure comme cause d'exonération. En matière délictuelle, en revanche, les textes ne l'évoquent pas. Pour autant, il ne fait aucun doute qu'elle constitue bien une cause d'exonération aussi en matière de responsabilité délictuelle. La jurisprudence¹⁸⁸⁰ comme la doctrine¹⁸⁸¹ le soulignent de manière

¹⁸⁷³ Défendant le rejet de l'extériorité des composantes de la force majeure contractuelle, v° P.-H. ANTONMATTEI, « Ouragan sur la force majeure », *JCP G*, février 1996, doctr. 3907 ; P.-H. ANTONMATTEI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, LGDJ, 1992, spé. n°33 et s., et n°54.

¹⁸⁷⁴ P. JOURDAIN, « Le rôle de l'imprévisibilité de la cause étrangère », *RTD Civ.*, 1994, p.871.

¹⁸⁷⁵ En ce sens, v° F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *op. cit.*, spé. n°750, p.813.

¹⁸⁷⁶ Pour une décision retenant que la force majeure est caractérisée par la seule irrésistibilité, v° Civ. 1^e, 9 mars 1994, n°91-17459 et n°91-17464, *Bull I*, n°91.

¹⁸⁷⁷ AP, 14 avril 2006, n°02-11.168, *Bull AP*, n°5.

¹⁸⁷⁸ https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/communiqu_8721.html.

¹⁸⁷⁹ Cette solution ne devrait pas changer puisque le projet de réforme de la responsabilité civile, en son article 1253, alinéa 3, prévoit que la force majeure, en matière contractuelle, est définie par l'article 1218 du Code civil qui demeure inchangé.

¹⁸⁸⁰ Pour une illustration en matière de responsabilité du fait personnel, v° Civ. 3^e, 9 mai 2019, n°18-13.670 ; pour des illustrations en matière de responsabilité délictuelle du fait des choses, v° Civ. 2^e, 23 mai 2019, n°18-17.369 ; Civ. 2^e, 31 mars 1965, n°64-10.046.

¹⁸⁸¹ En ce sens, v° J. MOURY, « Force majeure : éloge de la sobriété », *RTD Civ.*, 2004, p.471, spé. n°3 ; F. GREAU, *op. cit.*, spé. n°86 ; H. BOUCARD, *Droit civil, Responsabilité contractuelle, op. cit.*, spé. n°346, p.185 ; P. JOURDAIN, *Encyclopédie JurisClasseur Civil Code*, v° Fasc. 161 : Droit à réparation- Lien de causalité, 2011 ; P. STOFFEL-MUNCK, « Le particularisme de la force majeure en matière contractuelle », *RDC*, 2003, p.59 ; G. VINEY, « La force majeure : une définition spécifique à la matière contractuelle », *RDC*,

unanime. Il s'agirait même là d'une constante dans le droit commun de la responsabilité¹⁸⁸², répondant au principe de justice suivant lequel « à l'impossible nul n'est tenu »¹⁸⁸³.

En matière délictuelle, il ne fait aucun doute que la caractérisation de la force majeure requiert les trois critères classiques que sont l'extériorité, l'irrésistibilité et l'imprévisibilité. La Cour de cassation l'a rappelé dans une autre décision d'Assemblée plénière du 14 avril 2006, dans lequel elle a fait application de la force majeure comme cause d'exonération de la responsabilité du gardien d'une chose. Le communiqué¹⁸⁸⁴ par lequel la Haute juridiction a indiqué avoir « réaffirmé la conception classique de la force majeure »¹⁸⁸⁵ est d'ailleurs commun aux deux arrêts rendus le même jour, l'un en matière contractuelle et l'autre en matière délictuelle.

En somme, la notion de force majeure est utilisée comme cause d'exonération aussi bien dans la responsabilité contractuelle que dans la responsabilité délictuelle. Elle repose, en l'une et l'autre matière, sur des critères identiques, bien que des voix s'élèvent en doctrine pour une approche différenciée de la force majeure en matière contractuelle et en matière délictuelle¹⁸⁸⁶. Une telle différenciation pourrait d'ailleurs voir le jour en droit prospectif¹⁸⁸⁷.

2006, p.1207 ; L. BLOCH, « Force majeure : le calme après l'ouragan », *Responsabilité civile et assurance*, n°6, 2006, étude 8 ; P.-H. ANTONMATTEI, « Ouragan sur la force majeure », *JCP G*, n°7, 1996, doct. 3907 ; P. GROSSER, « Pertinence des critères cumulés pour caractériser la force majeure en matières délictuelle et contractuelle », *JCP G*, n°23, 2006, II, 10087.

¹⁸⁸² F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *op. cit.*, spé. n°1190, p.1257 ; dans le même sens, v° J.-S. BORGHETTI, S. WHITTAKER, « Principes généraux de responsabilité ou droit des délits », *RDC*, 2019, p.347.

¹⁸⁸³ Intégrant l'exonération de la responsabilité pour force majeure dans le giron du principe « à l'impossible nul n'est tenu », v° S. HOCQUET-BERG, « La force majeure aux deux visages », *Responsabilité civile et assurances*, n°5, 2018, étude 6, spé. n°1.

¹⁸⁸⁴ Sur la valeur juridique de tels communiqués, v° P. DEUMIER, « Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation », *RTD Civ.*, 2006, p.510.

¹⁸⁸⁵ https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/communiqu_8721.html.

¹⁸⁸⁶ Plaidant pour une approche différente de la force majeure suivant qu'elle soit invoquée en matière de responsabilité contractuelle ou délictuelle, v° P. STOFFEL-MUNCK, « Le particularisme de la force majeure en matière contractuelle », *RDC*, 2003, p.59 ; G. VINEY, « La force majeure : une définition spécifique à la matière contractuelle », *RDC*, 2006, p.1207 ; H. BOUCARD, *Droit civil, Responsabilité contractuelle, op. cit.*, spé. n°346, p.185 ; J. MOURY, « Force majeure : éloge de la sobriété », *RTD Civ.*, 2004, p.471, spé. n°3.

¹⁸⁸⁷ Le projet de réforme de la responsabilité propose, en son article 1253, une définition propre à la responsabilité délictuelle, tout en laissant inchangée la définition posée par l'article 1218 en matière contractuelle. Selon l'article 1253 du projet, la force majeure serait définie comme « l'événement échappant au contrôle du défendeur ou de la personne dont il doit répondre [extériorité], et dont ceux-ci ne pouvaient éviter ni la réalisation ni les conséquences par des mesures appropriées [irrésistibilité] ». Le critère de l'imprévisibilité disparaîtrait ainsi de la définition de la force majeure en matière délictuelle, alors qu'il est toujours présent dans la définition posée en matière contractuelle.

514. De la même façon, la faute de la victime constitue indubitablement une cause d'exonération de responsabilité, tant en matière contractuelle que délictuelle, et ce, quand bien même elle n'est mentionnée en tant que telle par aucun texte. Il reste que la jurisprudence¹⁸⁸⁸, comme la doctrine¹⁸⁸⁹, ne laissent planer aucun doute sur la nature exonératoire de la faute de la victime.

La définition de cette faute ne pose pas particulièrement de difficulté. Il suffit que la victime commette une faute de nature à engager sa responsabilité personnelle et que cette faute soit causalement liée au dommage subi par la victime elle-même, pour présenter un caractère exonératoire. En matière de responsabilité délictuelle du fait personnel, comme en matière de responsabilité contractuelle, une faute simple de la victime, causalement liée à son dommage, suffira donc à limiter ou exclure son droit à réparation.

515. Il reste, justement, à préciser la mesure de l'exonération attachée à la force majeure et à la faute de la victime. Ces deux causes d'exonération ne produisent pas nécessairement les mêmes effets.

La force majeure est totalement¹⁸⁹⁰ exonératoire, ce qui induit que lorsqu'un fait quelconque tel le fait d'un tiers, un événement météorologique ou même la faute de la

¹⁸⁸⁸ Pour un rappel du caractère exonératoire de la faute de la victime en matière de responsabilité délictuelle, v° Civ. 2^e, 16 janvier 2020, n°19-14.821 ; pour des illustrations en matière délictuelles, v° Civ. 2^e, 17 janvier 2019, n°17-27.242 ; Civ. 2^e, 8 juillet 2010, n°09-14.557 ; pour un rappel du caractère exonératoire de la faute de la victime en matière contractuelle, v° Com., 27 juin 2018, n°17-14.283 ; Com., 20 septembre 2017, n°16-20.905.

¹⁸⁸⁹ Considérant que la faute de la victime est une cause d'exonération totale ou partielle, v° notam. C. ANDRÉ, *Le fait du créancier contractuel*, LGDJ, 2002 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil Les obligations : Tome 3 Le rapport d'obligation, op. cit.*, spé. n°225, p.224 ; C. MORA, « La mora creditoris », *RTD Civ.*, 1998, p.607 ; L. LEVENEUR, « Ou la faute du créancier n'est pas admise comme cause d'exonération partielle de la responsabilité du débiteur », *Contrats Concurrence Consommation*, n°7, 2008, comm. 173 ; P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, Dalloz, 11^e édition, 2018-2019, spé. n°2144.71, p.712.

¹⁸⁹⁰ Certains auteurs ont plaidé pour une exonération partielle lorsque la force majeure était en concours avec la faute dans le dommage subi par la victime et plus généralement lorsque la force majeure était en concours avec un autre événement (en ce sens, v° J. RADOUANT, *Du cas fortuit et de la force majeure*, Thèse pour le doctorat, 1928 ; J. BORE, « La causalité partielle en noir et blanc ou les deux visages de l'obligation in solidum », *JCP* 1971. I. 2369, spé. n°32 ; G. DEREUX, « De la réparation due par l'auteur d'une seule des fautes dont le concours a causé un préjudice », *RTD Civ.*, 1944. P. 155). Pour ces auteurs, un dommage pouvait résulter de plusieurs causes chacune que partiellement responsables du dommage. Dès lors, il fallait retenir une causalité partielle ce qui induisait que la force majeure était parfois seulement partiellement exonératoire de responsabilité. Ils furent un temps entendu par la Cour de cassation (Req., 22 février 1910, S. 1910. 1. 448. – Civ. 31 juillet 1912, DP 1914. 1. 144. – Civ. 10 mars 1948, *Bull. I*, n° 83). Cependant ceci n'a été qu'un intermède, la Cour de cassation est revenue à une position classique considérant que la force majeure ne peut qu'être totalement exonératoire de responsabilité (Civ. 2^e, 4 mars 1970, 4 arrêts, n° 67-11.136, n° 62-12.124, n° 68-13.424, n° 68-10.835,

victime, recouvre les caractères de la force majeure, l'auteur d'une faute délictuelle ou contractuelle sera complètement exonéré de sa responsabilité.

A l'inverse, la faute de la victime ne sera pas toujours totalement exonératoire. En effet, tout dépendra de savoir si elle présente ou non les caractères de la force majeure. Lorsque la réponse sera positive, la faute de la victime sera totalement exonératoire ; lorsque la réponse sera négative, la faute de la victime ne sera que partiellement exonératoire¹⁸⁹¹. Autrement dit, elle sera totalement exonératoire lorsqu'elle aura été la cause unique du dommage, car elle aura alors rompu le lien de causalité existant entre le fait générateur de responsabilité et le dommage. En revanche, elle ne sera que partiellement exonératoire lorsqu'elle n'aura été que l'une des causes du dommage, aux côtés du fait générateur de responsabilité.

B) La cause étrangère dans la responsabilité arbitrale

516. Il ne fait aucun doute que la cause étrangère, en ce qu'elle recouvre la force majeure et la faute de la victime, trouvera à s'appliquer dans la responsabilité arbitrale. Ces causes d'exonération existant à l'identique en matière contractuelle et en matière délictuelle, l'arbitre pourra en bénéficier dans tous les cas de figure, que sa responsabilité soit recherchée en tant qu'arbitre-juge ou en tant qu'arbitre-contractant. Ainsi, l'arbitre qui a commis une faute lourde juridictionnelle ou qui a manqué à l'une de ses obligations contractuelles pourra être exonéré de sa responsabilité en cas de force majeure ou de faute de l'une des parties. Dans le premier cas, il sera totalement exonéré tandis que dans le second il ne le sera que partiellement, en proportion de la gravité¹⁸⁹² de la faute des parties victimes du dommage.

Ainsi, chaque fois que la méconnaissance d'une obligation sera reprochée à l'arbitre alors qu'il aura subi un vol¹⁸⁹³ ou un acte de violence¹⁸⁹⁴ ou tout autre

Bull. II, n° 76 à n°80). Aujourd'hui cette solution ne fait plus l'objet de contestation (en ce sens, v° F. GREAU, *op cit.*, spé. n°92).

¹⁸⁹¹ En ce sens, pour des illustrations prétorienne, v° Civ. 1^e, 16 avril 2015, n°14-13.440, *Bull I*, n°101 ; Civ. 1^e, 2 octobre 2013, n°12-19.887 ; Civ. 1^e, 13 mars 2008, n°05-12.551 ; Civ. 1^e, 17 janvier 2008, n°06-20.107, *Bull I*, n°14. Pour un auteur rappelant cette solution, v° P. JOURDAIN, « Il n'y a pas de préjudice résultant de la perte de rémunérations illicites », *RTD Civ.*, 2007, p.572.

¹⁸⁹² En ce sens, v° J. JULIEN, *Droit de la responsabilité et des contrats 2018/2019*, (dir. P. LE TOURNEAU), Dalloz, coll. Dalloz Action, 11^e édition, 2017, spé. n°2221.11 ; P. JOURDAIN, *Jurisclasseur civil Code*, fasc. 162 Droit à réparation – lien de causalité – pluralité des causes du dommage, *op. cit.*, spé n°65.

¹⁸⁹³ Un vol de documents pourrait ainsi conduire à une violation de l'obligation de confidentialité ou du secret du délibéré. Il faudra alors que l'arbitre n'ait pas été coupable d'une négligence ayant facilité le vol, pour que l'événement puisse être qualifié d'irrésistible.

événement de ce genre à la fois extérieur à l'arbitre, imprévisible et irrésistible, il sera totalement exonéré de sa responsabilité et n'aura donc pas à indemniser le dommage subi par les parties.

De même, en présence d'une faute commise par la victime du dommage elle-même, l'arbitre pourra être exonéré, partiellement ou totalement, selon que la faute de la victime représente ou non la cause exclusive du dommage. A cet égard, que l'on soit en matière contractuelle ou délictuelle, une faute simple de la victime suffira à déclencher l'exonération. En effet, par hypothèse, la victime qui cherche à engager la responsabilité d'un arbitre ne présente aucune qualité particulière qui justifie d'élever le seuil de gravité de sa propre faute pour engager sa responsabilité. Par contraste avec l'arbitre, dont la faute lourde juridictionnelle est requise pour engager sa responsabilité délictuelle, la victime peut, par une faute simple, commettre un fait de nature à engager sa responsabilité, donc de nature à la priver en tout ou partie de son droit à réparation. Prenons l'exemple d'une action en responsabilité dirigée contre l'arbitre pour manquement à l'obligation de célérité aux fins de le voir condamner à l'indemnisation des conséquences financières de la durée excessive de l'instance arbitrale. Si ce délai excessif est exclusivement imputable à l'arbitre, parce qu'il aura manqué de disponibilité et multiplié les prorogations de délai au point que la sentence aura été rendue au-delà d'un délai raisonnable, il sera entièrement responsable envers les parties victimes pour le préjudice causé par l'allongement de la durée de la procédure. Si, à l'inverse, cette longueur est exclusivement imputable au comportement dilatoire des litigants, l'arbitre pourra être totalement exonéré de sa responsabilité. Enfin, si le dépassement est imputable partiellement à l'arbitre, pour avoir été trop lent et peu disponible, et aux litigants, pour avoir multiplié les moyens de ralentir la procédure arbitrale, la faute des victimes n'exonérera l'arbitre que partiellement. L'arbitre ne sera alors tenu de réparer qu'une partie du préjudice, en fonction de la gravité respective des fautes en présence.

¹⁸⁹⁴ On pourrait imaginer qu'un arbitre subisse des menaces ou des violences le contraignant à violer différentes obligations, comme révéler une information confidentielle ou un élément du délibéré ou, à l'inverse, s'abstenir de révéler tel lien entretenu avec les parties. Au vrai, l'existence de violences ou de menaces pourrait entraîner la violation de quasiment toutes les obligations qui pèsent sur l'arbitre.

CONCLUSION DU CHAPITRE

517. Le dommage et le lien de causalité, qui représentent des constantes de la responsabilité civile, sont des conditions du droit commun qui peuvent être mobilisées en l'état, sans qu'il soit besoin d'en proposer des adaptations spécifiques à la responsabilité arbitrale.

Ainsi, il est apparu que le dommage susceptible d'être réparé par l'arbitre sera d'ordre matériel ou moral et sera réparable pourvu qu'il soit certain et légitime. L'arbitre pourrait ainsi être amené à indemniser les frais déboursés inutilement pour la procédure arbitrale par suite de l'annulation de la sentence ou bien le préjudice d'image causé par la révélation d'une information confidentielle ou encore, par exemple, la perte de chance d'obtenir une sentence plus favorable ou une sentence valable. Si sa responsabilité délictuelle est engagée, il pourra être tenu de réparer l'intégralité du préjudice causé. Si sa responsabilité contractuelle est engagée, il ne sera tenu qu'à la réparation du préjudice prévisible, c'est-à-dire celui qui aura été identifié par les parties comme prévisible ou, à défaut, celui qui serait objectivement prévisible au regard de la nature du contentieux soumis à l'arbitrage. Toutefois, en matière contractuelle, l'arbitre pourrait limiter l'étendue de son obligation de réparation par une clause limitative ou évasive de responsabilité. Ce type de clause, dont la validité ne devrait pas poser de difficulté particulière en matière de responsabilité arbitrale, sera néanmoins neutralisé en présence d'une faute lourde ou dolosive de l'arbitre. En matière délictuelle, en revanche, une telle clause est inenvisageable.

S'agissant du lien de causalité reliant le fait générateur de responsabilité au dommage, il est dans son versant positif, une condition nécessaire à remplir pour engager la responsabilité de l'arbitre. Il nous paraît opportun d'apprécier ce lien de causalité à l'aune de la théorie de l'équivalence des conditions, pour engager tant la responsabilité contractuelle de l'arbitre que sa responsabilité délictuelle. L'étude du lien de causalité, dans son volet positif, a aussi été l'occasion de préciser les cas dans lesquels les membres d'un tribunal arbitral collégial peuvent voir leur responsabilité engagée *in solidum*. Ainsi, deux séries d'hypothèses permettent d'imputer le dommage à l'ensemble des arbitres plutôt qu'à un seul : les cas dans lesquels ils se sont tous rendus coupables de fautes qui ont contribué à la survenance d'un même dommage et les cas dans lesquels l'un des arbitres a commis une faute sans qu'il soit possible de déterminer précisément

quel est l'arbitre fautif. Dans son versant négatif, ensuite, le lien de causalité peut aboutir à l'exonération de l'arbitre, s'il peut se prévaloir d'un événement de force majeure, totalement exonératoire, ou d'une faute de la victime, qui sera tantôt partiellement, tantôt totalement exonératoire.

CONCLUSION DU TITRE

518. En droit interne, les conditions d'engagement de la responsabilité contractuelle ou délictuelle ne font l'objet d'aucune disposition spécifique à l'arbitre. Or, le droit commun de la responsabilité civile s'avère inadapté en certaines de ses règles, qui ne tiennent pas compte de la spécificité de l'arbitrage.

519. C'est la raison pour laquelle il apparaît nécessaire de repenser le droit positif, en ce qui concerne la question du fait générateur de responsabilité.

S'agissant de la responsabilité délictuelle que l'arbitre engage dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle, le fait générateur doit s'inscrire dans un équilibre qui assure l'immunité de l'arbitre sans pour autant lui permettre d'agir impunément. Cet objectif semble pouvoir être rempli par l'adoption d'une définition renouvelée de la faute lourde juridictionnelle, soit la faute qualifiée exigée pour engager la responsabilité de l'arbitre-juge. Cette faute lourde pourrait être définie comme le manquement de l'arbitre à ses obligations juridictionnelles essentielles. Pour être caractérisée, elle supposerait une double méconnaissance des obligations juridictionnelles : l'arbitre devrait manquer à la fois à son obligation d'indépendance ou d'impartialité et à une autre obligation de nature juridictionnelle, suivant la classification proposée en première partie.

S'agissant ensuite des manquements contractuels de l'arbitre, il convient de les identifier au cas par cas en déterminant, pour chaque obligation, quel est le comportement requis de la part de l'arbitre. Cela permet d'identifier, en creux, les manquements contractuels de nature à engager sa responsabilité. Il ne s'agit pas, ici, de repenser la notion de faute, mais simplement de constater que la distinction classique entre les obligations de moyens et de résultat ne permet pas d'identifier concrètement les manquements contractuels. Pour chacune des obligations contractuelles de l'arbitre (participation à la constitution du tribunal ; organisation matérielle de l'instance ; respect des délais de l'arbitrage ; révélation ; confidentialité), nous avons donc réfléchi au comportement attendu et, en miroir, au comportement qui peut être reproché à l'arbitre.

520. Contrairement au fait générateur de responsabilité, les deux conditions constantes de la responsabilité civile que sont le dommage et le lien de causalité nous

paraissent pouvoir être appliquées à l'arbitre sans qu'une adaptation ne soit nécessaire. Il suffit, pour ces conditions, d'appliquer les principes généraux issus du droit de la responsabilité.

Il en ressort qu'en matière arbitrale, comme dans le droit commun, le dommage réparable doit être certain et légitime et qu'il peut être de nature matérielle ou morale. En matière délictuelle, l'arbitre sera tenu d'indemniser l'entier préjudice causé ; en matière contractuelle, il ne sera tenu que du préjudice prévisible ou du préjudice prévu, puisqu'il est possible d'insérer une clause limitative ou évasive de responsabilité dans le contrat d'arbitre. Cette clause trouvera toutefois ses limites dans une faute lourde ou dolosive de l'arbitre.

Le lien de causalité, quant à lui, s'applique en matière arbitrale à la fois dans son volet positif et dans son volet négatif. Il est donc requis pour engager la responsabilité de l'arbitre ou des arbitres, puisque plusieurs circonstances permettent d'envisager une condamnation *in solidum* des membres du tribunal arbitral. Le lien de causalité conduit aussi à exonérer l'arbitre de sa responsabilité, en cas de force majeure ou de faute de la victime de nature à rompre ou à distendre le lien de causalité entre la faute de l'arbitre et le dommage.

CONCLUSION DE LA PARTIE

521. L'arbitre est l'Homme d'une institution particulière qui emprunte au contrat et au juridictionnel. Il doit donc engager une double responsabilité, contractuelle quand il méconnaît sa mission d'arbitre-cocontractant, et délictuelle quand il fautive dans le cadre de sa fonction d'arbitre-juge. Cette double nature de la responsabilité arbitrale irrigue l'intégralité des conditions de mise en œuvre de sa responsabilité.

Pour envisager ces conditions, nous avons abordé dans un premier temps les enjeux de droit international privé, parce qu'il faut d'abord choisir un juge compétent qui désignera la loi applicable, avant de pouvoir débattre, au fond, de la responsabilité de l'arbitre. Pour le juge compétent, comme pour la loi applicable, il est apparu que, dans le silence des textes et de la jurisprudence, c'est le critère du siège de l'arbitrage qui paraît le plus adapté. Ce critère, toutefois, s'il était consacré, devrait l'être de manière supplétive, à défaut de choix exprimé par les parties.

Une fois déterminés le juge compétent et la loi applicable, nous nous sommes penché sur les conditions d'engagement de la responsabilité de l'arbitre en droit interne. Nous avons alors proposé de repenser la question du fait générateur de responsabilité pour tenir compte des spécificités de l'arbitrage. A l'issue de cette réflexion, nous avons abouti à la proposition de retenir la notion de faute lourde juridictionnelle pour engager la responsabilité délictuelle de l'arbitre-juge. Cette faute, désignant un manquement aux obligations juridictionnelles essentielles, supposerait la méconnaissance de l'obligation d'indépendance ou d'impartialité, couplée à la méconnaissance d'une autre obligation juridictionnelle. Concernant la responsabilité contractuelle de l'arbitre, une faute simple devrait suffire à engager sa responsabilité, pourvu que l'on sache identifier les comportements pouvant être considérés comme des manquements contractuels. Dans cette optique, nous avons proposé une approche casuistique des obligations contractuelles de l'arbitres et des comportements attendus au titre de chacune d'entre elles. Enfin, il nous semble que les conditions constantes de la responsabilité que sont le dommage et le lien de causalité ne méritent pas d'ajustement particulier et qu'elles peuvent être appliquées en l'état à la responsabilité arbitrale.

CONCLUSION GENERALE

522. Au terme de ce travail, dix propositions peuvent être formulées pour résumer les positions que nous avons défendues au sujet de la responsabilité civile de l'arbitre.

Proposition n°1. La responsabilité civile de l'arbitre doit être duale pour tenir compte du caractère hybride de l'institution arbitrale : les manquements commis par l'arbitre dans l'exercice de sa mission contractuelle doivent engager sa responsabilité contractuelle tandis que ceux liés à sa fonction juridictionnelle doivent engager sa responsabilité délictuelle.

Proposition n°2. Sont rattachées à la mission contractuelle de l'arbitre les obligations de révélation, de participation à la constitution du tribunal arbitral, de respect des délais de l'arbitrage, de confidentialité, ainsi que l'obligation d'organiser l'instance arbitrale, lorsqu'elle est effectivement confiée à l'arbitre.

Proposition n°3. Sont rattachées à fonction juridictionnelle de l'arbitre les obligations de respecter les principes directeurs du procès (dispositif, contradiction, loyauté, égalité), de statuer conformément aux règles de droit, de délibérer, de motiver la sentence et d'en respecter les exigences formelles, ainsi que les obligations de célérité, d'indépendance et d'impartialité.

Proposition n°4. Lorsque l'action en responsabilité arbitrale présente un élément d'extranéité, le juge compétent et la loi applicable doivent être déterminés par la volonté des parties et, à défaut, doivent être fixés au lieu du siège de l'arbitrage.

Proposition n°5. Le fait générateur de la responsabilité de l'arbitre diffère en matière contractuelle et en matière juridictionnelle : une faute simple suffit à engager la responsabilité contractuelle de l'arbitre-contractant ; une faute lourde juridictionnelle est requise pour engager la responsabilité délictuelle de l'arbitre-juge.

Proposition n°6. La faute lourde juridictionnelle de l'arbitre se définit comme le manquement de l'arbitre à ses obligations juridictionnelles essentielles, lequel suppose un défaut d'impartialité ou d'indépendance auquel s'ajoute la violation d'une autre obligation juridictionnelle.

Proposition n°7 : Sont réparables les préjudices d'ordre matériel (frais déboursés inutilement et définitivement perdus) et moral (préjudice d'image ou de réputation) causés par la faute de l'arbitre, y compris les pertes de chance, notamment

celle d'obtenir une sentence valable ou favorable (en cas de faute ayant conduit à la nullité de la sentence) ou une sentence plus favorable (lorsque la sentence a survécu à la faute de l'arbitre).

Proposition n°8. Lorsqu'il engage sa responsabilité délictuelle, l'arbitre-juge est tenu de réparer l'intégralité du préjudice causé par sa faute, sans pouvoir limiter le montant de la réparation due.

Proposition n°9. Lorsqu'il engage sa responsabilité contractuelle, l'arbitre-contractant est tenu de réparer le préjudice prévisible ou le préjudice prévu contractuellement, les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité étant le plus souvent valables et efficaces en matière contractuelle, sauf lorsque l'arbitre est confronté à des consommateurs, et sous réserve que son manquement contractuel ne caractérise pas une faute lourde et dolosive.

Proposition n°10. En matière de responsabilité contractuelle comme délictuelle, il convient d'apprécier le lien de causalité entre la faute de l'arbitre et le préjudice causé en faisant application de la théorie de l'équivalence des conditions.

INDEX

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe.

A

Arbitrage :

- *Ad hoc* : 128, 221, 229, 327, 362, 435
- Approche dualiste : 56, 65, 66, 67, 68, 71, 72
- Approche autonome : 66, 70, 71, 74, 75, 76
- Baseball : 27, 28, 30
- Conventionnel : 27, 28, 29
- Institutionnel : 388
- Investissement (d') : 16, 128, 489
- Règlement : 8, 27, 60, 61, 62, 63, 128, 162, 188, 337, 480, 482

Amiable compositeur : 163, 167, 216

Arbitrabilité :

- subjective : 313
- objective : 314

C

Causalité :

- équivalence des conditions : 495-502
- causalité adéquate : 495-502

Célérité : 128, 149, 199, 237-246, 246, 297, 396, 416, 419, 441, 495, 507

Clause abusive :

- droit de la consommation : 487, 489
- « Code civil » : 487, 488

Clause attributive de compétence :

- licéité : 318
- interprétation : 319-321

Clause compromissoire :

- effet utile : 316, 317, 320
- interprétation stricte : 316, 317, 320

Clause limitative ou élusive de responsabilité : 101, 102, 391, 481, 484-487, 489-492, 517, 520

Clause de non- obligation : 487

Clause de règlements des litiges cumulatives : 322-323

Clause de règlement des litiges alternatives : 322

Clause de règlement des litiges optionnelles : 322, 324

Confidentialité : 119, 128-129, 132, 195-202, 204, 216, 219, 298, 307, 310, 353, 431, 434, 436, 437, 447-451, 454, 460, 466, 473, 486, 791, 506

Constitution du tribunal arbitral : 216, 221, 225, 227, 253, 260, 298, 311, 431-434, 454, 473, 486, 502, 506

Contractualiste : 14-25, 30

Contrat d'arbitre : 7, 8 104-106, 114, 118, 121, 126, 128, 134, 201, 210, 213, 244, 306, 309, 311-314, 321, 323, 336, 338, 49, 355-358, 361, 363, 423, 432, 435, 437, 480, 482, 484, 486

Contradition (principe) : 130-131, 143-145, 172-175, 178-180, 185, 216, 311

D

Délai de l'arbitrage : 88, 439, 441

Délai raisonnable : 110, 214, 237, 239-246

Délibérer : 155-159, 190, 193

Déni de justice : 11, 83, 85, 93, 124, 130, 243, 337, 370, 372, 382-384, 393-397, 400, 408, 415, 452

Directeurs du procès (principe) : 49, 110, 136, 138,-139, 143, 148, 153, 157, 163, 168, 174, 185, 197

Discovery : 330

Dispositif (principe) : 137-142, 164-168, 171, 193, 216, 397, 419, 507

Domicile : 305-307, 311, 327, 329, 332, 350 **Erreur ! Source du renvoi introuvable.**

Domage :

- matériel : 460, 464, 467 **Erreur ! Source du renvoi introuvable., Erreur ! Source du renvoi introuvable., Erreur ! Source du renvoi introuvable.**
- moral : 455, 459
- prévisible : 472, 473-474

Droit anational : 276, 278-279, 287, 359

Droits disponibles : **Erreur ! Source du renvoi introuvable., 337**

E

Egalité :

- principe directeur du procès : 145, 149-153, 183, 186,-189, 219, 233, 250

- dans la nomination des arbitres : 324, 502

Equité : 192, 271-275, 277, 279, 281, 284 **Erreur ! Source du renvoi introuvable.**

Exequatur : 24, 35, 47-49, 215-216, 218, 256

F

Faute collégiale : 507

Faute de la victime : 511, 514-516

Faute dolosive : 391, 484, 490-491

Faute équipollente au dol : 83, 389-391, 408, 416

Faute intentionnelle malveillante : 401-404, 409

Faute lourde : 11, 50, 83, 85, 93, 115, 124, 129, 337, 398-400

Faute lourde juridictionnelle : 353, 408-413, 418, 471, 482, 502, 504, 516

Faute lourde professionnelle : 115, 401, 404-406, 409

Faute personnelle : 11, 84-85, 93, 124, 129, 130, 337, 370, 372, 382-385

Faute qualifiée : 5, 217, 381, 395, 409, 422

Faute simple : 5, 373, 379, 381, 397, 406, 415, 491, 501-502, 507

Force majeure : 511-513, 515-516, 520

Fraude : 11, 83, 85, 93, 124, 129, 280, 327, 370, 372, 382, 384-385, 392-393

I

Immunité : 10, 23, 83, 87, 129, 180, 217, 364, 369-379

Impartialité : 264-269, 297, 337, 383, 396, 403-404, 415-419, 442, 445, 452, 460, 502, 506, 509, 519, 521

Impunité : 372, 375-379, 385, 402-403, 406, 409, 411, 419, 501-502

Indépendance : 25, 45, 114, 119, 156, 158, 180, 183, 204-207, 211, 216, 247, 263, 266, 269, 297, 310, 374, 378, 403, 416-420, 443-445, 452, 460, 506-507, 509, 519

J

Juge d'appui : 80, 103, 211-212, 220, 327, 329, 360, 423, 440, 506

Justice arbitrale : 5, 7, 31, 31-33, 36-40, 45, 51, 103, 194, 210, 213, 233, 239, 260, 264, 289, 313, 397, 399, 411, 418, 435, 437

Juridiction (principe) : 270, 274, 280

Juridictionnaliste : 14, 30-33, 38-41, 46, 50, 52

L

Loyauté (principe) : 117, 127, 145-148, 162, 179-185, 192, 218, 232, 233, 243, 296, 336, 382, 402, 416, 506

Localisation du dommage : 351-353, 362

M

Magistrat : 7, 146, 181, 184, 222, 224, 229, 232, 251, 257, 26, 282, 393, 398-399, 404, 411

Motiver (obligation) : 159-162

N

Nullité de la sentence : 5, 140-141, 177, 215, 252, 352, 396, 459, 501, 505

Nationalité : 300, 304-306, 310, 326, 328, 331

Non-cumul (principe de) : 98, 100-113

O

Obligation :

- *in solidum* : 349, 502,-508, 516
- moyen et résultat : 81, 86-87, 216, 243, 423, 425-429, 451
- faire et ne pas faire : 80, 453

Organisation matérielle de l'instance : 228-229, 231, 233, 297, 430, 434-436, 453, 459, 472, 485

P

Perte de chance :

- d'obtenir une décision plus favorable: 459
- d'obtenir une décision valide : 460
- d'obtenir une décision plus favorable : 460

Président (juridiction judiciaire) : 18, 213, 22, 231-232, 250, 257, 432

Prorogation du délai de l'arbitrage : 211, 216, 245, 428, 438-440

Publicité : 194, 201-203, 218

R

Récusation : 35, 48-49, 204, 207-210

Règlement Rome I : 347-348, 352-355, 357, 362

Règlement Rome II : 347-350, 352-357, 362

Règlement Bruxelles I *Bis* : 303-304, 308-309, 350

Réparation intégrale (principe) : 450, 469, 471, 481

Résidence habituelle : 63, 347-349, 360, 362

Révélation : 13, 82, 203, 210, 218, 254-255, 297, 305, 310

S

Secret du délibéré : 155, 310, 459, 505, 508

Secrétaire arbitral : 438, 508

Sentence :

- efficace (obligation) : 109, 203, 213, 215
- Révision : 287
- signature : 288, 290-291

Sérénité : 372-374, 378, 384, 387, 392, 399

Siège de l'arbitrage :

- juge compétent : 324, 326-330, 520
- loi applicable : 359-363, 365, 520

Siège de l'institution arbitrale : 326, 361

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages

ABRAS J., *L'aménagement conventionnel anticipé de la responsabilité extra-contractuelle*, PUAM, 2008

AMRANI-MEKKI S., *Le temps et le procès civil*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2002

ANCEL M.-E., DEUMIER P., LAAZOUZI M., *Droit des contrats internationaux*, Sirey, 2^e édition, 2020

ANDRE C., *Le fait du créancier contractuel*, LGDJ, 2002

ANTONMATTEI P.-H., *Contribution à l'étude de la force majeure*, LGDJ, 1992

ARMINJON P., *Précis de droit international privé*, Vol. 3, Dalloz, 1931

AUBERT J.-L., *La responsabilité civile des notaires*, Defrénois, 5^e édition, 2008

AUBERT J.-L., SAVAUX E., *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 12^e édition, 2008

BEGUIN J., MENJUCQ M. (dir.), *Droit du commerce international*, Lexis Nexis, Litec, coll. Traités, 3^e édition, 2019

BELLISSANT J., *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat : à propos de l'évolution des ordres de responsabilité civile*, LGDJ, 2001

BENABENT A., *Droit des obligations*, LGDJ, coll. Précis Domat, 18^e édition, 2019

BERNHEIM-VAN DE CASTEELE L., *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, Bruylant, 2012

BILLEMONT J., *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 549, 2013

BLOCH C., *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité extra-contractuelle*, Dalloz, 2008

BLOUGH R., *Le forçage, du contrat à la théorie générale*, PUAM, 2011.

BONICHOT J.-C., CASSIA P., POUJADE B., *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Dalloz, coll. Grands arrêts, 7^e édition, 2020

BOUCARD H., *Droit civil, Responsabilité contractuelle*, Dalloz, 2019, 1^e édition

BROUILLAUD J.-P., *Le juge amiable compositeur*, Thèse dactylographiée, Paris I, 1999

BRUN P., *Les présomptions dans le droit de la responsabilité civile*, Thèse Ronéot, Grenoble II, 1993

BUFFELAN-LANORE Y., LARRIBAU-TERNEYRE V., *Droit civil, Les obligations*, Sirey, 16^e édition, 2018-2019

BUREAU D., MUIR-WATT H., *Droit international privé, Tome I : Partie générale*, PUF, coll. Thémis Droit, 3^e édition, 2020

CADIET L. (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004

CADIET L., JEULAND E., *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, coll. Manuels, 11^e édition, 2020

CADIET L., NORMAND J., AMRANI-MEKKI S., *Théorie générale du procès*, PUF, coll. Thémis droit, 3^e édition, 2020

CAPITANT H., TERRE F., LEQUETTE Y., CHENEDE F., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Tome 2 : Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, Dalloz, coll. Grands arrêts, 13^e édition, 2015

CHABAS F., *Obligations : théorie générale*, tome 2, volume 1, Montchrestien, coll. Leçons de droit civil Henri, Jean et Léon Mazeaud, 9^e édition, 1998

CHAINAIS C., FERRAND F., MAYER L., GUINCHARD S., *Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil*, Dalloz, coll. Précis, 35^e édition, 2020

CHAINAIS C., GUILLAUME G., TENENBAUM A., *Terminologie contractuelle commune, Projet de cadre commun de référence*, Société de Législation Comparée, 2008

CHANTEPIE C., LATINA M., *Le nouveau droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2018

CHOLET D., *La célérité de la procédure en droit processuel*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 466, 2006

CLAVEL S., *Droit international privé*, Dalloz, coll. Hypercours, 5^e édition, 2018

CLAY T., *L'arbitre*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001

CLAY T., *Code de l'arbitrage commenté*, LexisNexis, édition 2015

CLERC-RENAUD L., *Du droit commun et des régimes spéciaux en droit extracontractuel de la réparation*, thèse, Savoie, 2006

CLUB DES JURISTES, *La responsabilité de l'arbitre : rapport du club des juristes*, Le club des juristes, 2017

COIPEL-CORDONNIER N., *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, LGDJ, 1999

COLSON R., *La fonction de juger : Étude historique et positive*, Presses Universitaires de la faculté de droit de Clermont Ferrand – LGDJ Fondation Varenne, 2006

CONSEIL DE L'EUROPE, COMITE DES MINISTRES, *Les juges : indépendance, efficacité et responsabilité, Recommandation CM/Rec(2010)12 et exposé des motifs*, Publishing Editions, 2010

CONSEIL SUPERIEUR DE LA MAGISTRATURE, *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, La documentation française, 2019.

CORNU G., Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige

CORNU G., FOYER J., *Procédure civile*, PUF, coll. Thémis, 3^e édition, 1996

COUTANT-LAPALUS C., *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, PUAM, 2002

DAVID R., Institut international de Rome pour l'unification du droit privé, *Rapport sur l'arbitrage conventionnel en droit privé. Étude de droit comparé*, Rome, L'universale, coll. Société des Nations, 1932

DE BOISSESON M., *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, GLN joly édition, 1990

DAVID R., *L'arbitrage dans le commerce international*, Économica, 1982

DOUCHY-OUDOT M., *Procédure civile*, Gualino, coll. Master, 6^e édition, 2014

ELATAFY S., *La responsabilité des centres d'arbitrage*, Thèse dactylographiée, Lyon, 2016

FADLALLAH I., HASCHER D., *Les grandes décisions du droit de l'arbitrage commercial*, Dalloz, coll. Grands arrêts, 2019

FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique*, Sirey, coll. Université, 16^e édition, 2014

FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX E., *Droit civil, Les obligations, 3. Le fait juridique*, Sirey, coll. Université, 9^e édition, 2015

FOUCHARD P., *Écrits ; Droit de l'arbitrage. Droit du commerce international*, Comité français de l'arbitrage, 2007

FOUCHARD P., *L'arbitrage commercial international*, Dalloz, 1965

FOUCHARD P., GAILLARD E., GOLDMAN B., *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996

FROSSARD J., *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultats*, LGDJ, 1965

GALI H., *Le préjudice moral en droit de la responsabilité civile*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2021

GARSONNET E., CÉSAR-BRU C., *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale en justice de paix et devant les conseils de prud'hommes*, L. Larose & L. Tenin, 3^e édition, 1913

GAUDEMET-TALLON H., *Compétence et exécution des jugements en Europe, Règlement 44/2001 et 1215/2012, Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, LGDJ, coll. Droit des affaires, 5^e édition, 2015

GHESTIN, J., GOUBEAUX G., avec le concours de FABRE-MAGNAN M., *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4^{ème} édition, 1995,

GLASSON E.-D., TISSIER A., MOREL R., *Traité théorique et pratique de procédure civile*, Sirey, tome 5, 1936

GRARE C., *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle, L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, Dalloz, 2005

GUEZ P., *L'élection de for en droit international privé*, Thèse Paris X, 2000,

GUILLEMAIN C., *Le trouble en droit privé*, PUAM 2000

GUINCHARD S. (dir.), *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès*, Dalloz, coll. Précis, 11^e édition, 2019

GUINCHARD S., BRANDAC M., LAGARDE X., DOUCHY M., *Droit processuel, droit commun du procès*, Dalloz, coll. Précis, 1^e édition, 2001

GUINCHARD S. (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile 2021-2022*, Dalloz, coll. Dalloz Action, 10^e édition, 2021

GULDENER M., *Das Schweizerisches Zivilprozessrecht (Le droit suisse de procédure civile)*, Zurich, Schulthess, 3^e édition, 1979

GUYON Y., *L'arbitrage*, Économica, 1995

HERON J., LE BARS T., SALHI K. *Droit judiciaire privé*, LGDJ, coll. Domat droit privé, 7^e édition, 2019

HENRY M., *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 352, 2001

HOCQUET-BERG S., *Obligation de moyens ou obligation de résultat, A propos de la responsabilité du médecin*, LGDJ, 1996

JACQUES P., *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2005

JACQUET J.-M., DELEBECQUE P., CORNELOUP S., *Droit du commerce international*, Dalloz, coll. Précis, 3^e édition, 2014

JANDARD L., *La relation entre l'arbitre et les parties : critique du contrat d'arbitre*, Thèse dactylographiée, Paris X, 2018

JARROSSON C., *La notion d'arbitrage*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 198, 1987

JEULAND E., *Droit processuel général*, LGDJ, coll. Précis Domat, 4^e édition, 2018

JOURDAIN P., *Les principes de la responsabilité civile*, Dalloz, 10^e édition, 2021

JUEN E., *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 568, 2016

KLEIN F.-E., *Considérations sur l'arbitrage en droit international privé, précédées d'une étude de législation et de jurisprudence comparées en la matière*, Editions Helbing & Lichtenhahn, 1955

LE BARS B., avec la collaboration de J. DALMASSO, *Arbitrage commercial international, Les grands arrêts du droit français*, LexisNexis, coll. Droit & Professionnels, 2016

LE TOURNEAU P. (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats 2021/2022*, Dalloz, coll. Dalloz Action, 12^e édition, 2020

LEGAL A., *De la négligence et de l'imprudence comme source de responsabilités*, thèse Droit Paris, 1922

LONG M., WEIL P., BRAIBANT G., DELVOLVE P., BENEVOIS B., *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 22^e édition, 2019

LOQUIN E., *L'arbitrage du commerce international*, Joly éditions, coll. Pratique des affaires, 2015

LOUSSOUARN Y., BOUREL P., DE VAREILLES-SOMMIERES P., *Droit international privé*, Dalloz, coll. Précis, 10^e édition, 2013

MALAURIE P., AYNES L., STOFFEL-MUNCK P., *Droit des obligations*, LGDJ, coll. Droit civil, 11^e édition, 2020

MAYER P., HEUZE V., REMY B., *Droit international privé*, LGDJ, coll. Précis Domat droit privé, 12^e édition, 2019

MERLIN P.-A., *Recueil alphabétique des questions de droit qui se présentent le plus fréquemment dans les tribunaux*, Garnery (Paris), Tome 1, 1818-1827

MOTULSKY H., *Écrits, Études et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2009

MOTULSKY H., *Écrits. Tome 3 : Études et notes de droit international privé* (H. MOTULSKY), Dalloz, 1978

NIBOYET J.-P., *Cours de droit international privé*, Sirey, 1946

NOUGEIN H.-J., REINHARD Y., ANCEL P., RIVIER M.-C., BOYER A., GENIN P., *Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale*, Litec, coll. Pratique professionnelle, 2004

OPPETIT B., *Théorie de l'arbitrage*, PUF, coll. Droit éthique société, 1998

ORTSCHEIDT J., *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001

PERNET M., *Le siège de l'arbitrage international, Etude d'une autonomisation*, LexisNexis, 2020

PESCATORE P., *La séparation des pouvoirs et l'office du juge de Montesquieu à Portalis, Rapport présenté le 23 novembre 2004 à l'occasion du bicentenaire du Code civil*, Bruylant, 2009

PILLET A., NIBOYET J.-P., *Manuel de droit international privé*, Librairie du Recueil, Sirey, 1924

POMIES O., *Dictionnaire de l'arbitrage*, Presses universitaires de Rennes, coll. Didact Droit, 2011

POUDRET J.-F., BESSON S., *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, Schulthess, LGDJ, 2002

QUEZEL-AMBRUNAZ C., *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, Dalloz, 2010

RACINE J.-B., *Droit de l'arbitrage*, PUF, coll. Thémis droit, 2016

RACINE J.-B. (dir.), *Pluralisme des modes alternatifs de résolutions des conflits, pluralisme du droit*, GIP Justice, L'Hermès, 2002

RACINE J.-B., SIIRIANIEN F., *Droit du commerce international*, Dalloz, 3^e édition, 2018

RADOUANT J., *Du cas fortuit et de la force majeure*, Thèse pour le doctorat, 1928

RAYNARD J., SEUBE J.-B., *Droit des contrats spéciaux*, LexisNexis, 10^e édition, 2019

ROBERT J., *L'arbitrage, droit interne, droit international privé*, Dalloz-Sirey, 6^e édition, 1993

ROCHFELD J., *Les grandes notions du droit privé*, PUF, coll. Thémis Droit, 2012

ROGRON J. A., *Code de procédure civile expliqué par ses motifs, par des exemples et par la jurisprudence*, Videcoq, Alex-Gobelet, 6e édition, 1837

RUBELLIN-DEVICHI J., *Essai sur la nature de l'arbitrage*, LGDJ, 1965

SALETTI A., VAN COMPERNOLLE J., VAN DROOGHENBROECK J.-F. (dir.), *L'arbitre et le juge étatique, Études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia*, Bruylant, 2014

SAVATIER R., *Traité de la responsabilité civile en droit français*, T. II, LGDJ, 1939

SCHMIDT L.-M., *Les définitions en droit privé*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ – Lextenso Editions, 2017

SERAGLINI C., ORTSCHIEDT J., *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, coll. Domat Droit privé, 2^e édition, 2019.

STARCK B., *Obligations*, Litec, 1972

TERRE F., SIMLER P., *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, Dalloz, coll. Précis, 8e édition, 2019,

TERRE F., SIMLER P., LEQUETTE Y., CHENEDE F., *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 12^e édition, 2018

VELICAN-DANARICU A., *La motivation des sentences dans l'arbitrage commercial international en France et aux Etats-Unis*, Thèse dactylographiée, Paris XI, 1991

VINEY G., *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, coll. Traité de droit civil (dir. J. Ghestin), 4^e édition, 2019

VINEY G., JOURDAIN, P., GHESTIN J., *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, coll. Traité de droit civil (dir. J. GHESTIN), 4^e édition, 2013

YANGOUMALE J., *La nature de la sentence arbitrale en droit international, essai d'approche phénoménologique*, Thèse dactylographiée, Paris II, 1989

II. Encyclopédies et Répertoires

ABBATUCCI S., *Répertoire de droit commercial Dalloz*, v° Sous-Traitance, 2016

ALEXANDRE D., HUET A., *Répertoire de droit international Dalloz*, v° Compétence judiciaire européenne, reconnaissance et exécution des décisions en matières civile et commerciale – Procédures d'application des règles de compétence, 2019,

AUDIT B., *Encyclopédie JurisClasseur Civil Code*, v° Fasc. 50 Fraude à la loi, 2016

BELFANTI L., *Répertoire de procédure civile, Dalloz*, v° Magistrat, 2018

BLERY C., REICHLING N., *Encyclopédie JurisClasseur Procédure civile*, v° Fasc. 500-35 Principes directeurs du procès. Office du juge. Fondement des prétentions litigieuses, 2020

BOSKOVIC O., *Répertoire de droit international Dalloz*, v° Règlement Rome II : obligations non contractuelles, 2010

BOUBLI B., *Répertoire de droit civil Dalloz*, v° Contrat d'entreprise, 2016,

BOUCARD H., *Répertoire de droit civil Dalloz*, v° Responsabilité contractuelle, Violation de l'obligation, 2018

BRUN P., *Répertoire de droit civil Dalloz*, v° responsabilité du fait personnel, 2015

BRIERE C., *Encyclopédie JurisClasseur Europe traité*, v° Fasc. 3206 : règlement n°864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »), 2019

CAPPELLO A., *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*, v° Question prioritaire de constitutionnalité, 2015

CASSON P., *Répertoire de droit civil*, v° Dommage et intérêt, 2017

CHABOT G., *Répertoire de procédure civile Dalloz*, v° Tribunal d'instance : organisation et compétence, 2013

CHOLET D., *Répertoire de procédure civile Dalloz*, v° Exécution des jugements et des actes, 2015

CROZE H., *Encyclopédie JurisClasseur Procédure civile*, v° Fasc. 500-20 : Responsabilité du fait du fonctionnement de la justice civile, 2016

DE POULPIQUET J., *Répertoire de droit immobilier Dalloz*, v° Notaire, 2009

DOUCHY-LOUDOT M., *Répertoire de procédure civile Dalloz*, v° Compétence, 2014

ESPAGNON M., *Encyclopédie Jurisclasseur Civil Code*, v° Art. 1240 à 1245-17 – Fasc. 176-10 Droit à réparation – Rapports entre responsabilités délictuelle et contractuelle – Généralités – Domaine des responsabilités délictuelle et contractuelle entre contractants, 2019

EUDIER F., GERBAY N., *Répertoire de procédure civile Dalloz*, v° Jugement, 2018

- FERRAND F., *Répertoire de procédure civile Dalloz*, v° Preuve, 2013
- FOHRER-DEDEURWAERDER E., *Encyclopédie JurisClasseur Civil Code*, v° Art. 3, Fasc. 60 : Conflit de lois. Loi étrangère devant les juridictions françaises. Application d'office de la règle de conflit de lois. Établissement d'office du contenu de la loi étrangère, 2010
- FOMBEUR P., LALLET A., *Encyclopédie JurisClasseur Justice administrative*, Fasc. 70-11 : Jugement. Impartialité de la juridiction. Prévention des conflits d'intérêts des juges. Abstention et récusation, 2019
- FOUCHARD P., *Encyclopédie JurisClasseur Droit international*, v° Fasc. 586-7-3 : Arbitrage commercial international, Tribunal arbitral, Statut des arbitres, 1994
- FRANCQ S., *Répertoire de droit international Dalloz*, v° Règlement Rome I : obligations contractuelles, 2013
- FRICERO N., *Répertoire de procédure civile Dalloz*, v° Tierce opposition, 2012
- FRICERO N., *Répertoire de procédure civile Dalloz*, v° Tribunal de grande instance : organisation et compétence, 2009
- FRICERO N., *Encyclopédie JurisClasseur Procédure civile*, v° Fasc. 800-50 : Audience et débats, 2019
- FRIGNATI A., MUIR-WATT H., *Répertoire de droit international Dalloz*, v° Loi étrangère : autorité de la règle de conflits de lois, 2017
- GAILLARD E., *Encyclopédie JurisClasseur Droit international*, v° Fasc. 586-9-1 : Arbitrage commercial international. Sentence arbitrale. Droit applicable au fond du litige, 1996
- GAUDEMET-TALLON H., *Répertoire de droit international Dalloz*, v° Compétence internationale : matière civile et commerciale, 2019
- GIRIBILA D., *Répertoire des sociétés Dalloz*, v° Société en nom collectif, 2020
- GOTHOT P., LAGARDE P., *Répertoire de droit international Dalloz*, v° Conflits de lois : principes généraux, 2006
- GRANIER T., *Répertoire des sociétés Dalloz*, v° Compétence et arbitrage, septembre 1999
- GREAU F., *Répertoire de droit civil*, v° Force majeure, 2017
- GREWE C., *Répertoire de droit européen Dalloz*, v° Constitutions nationales et droit de l'Union européenne, 2009
- GUINCHARD S., *Répertoire de procédure civile Dalloz*, v° Procès équitable, 2017
- GUINCHARD S., *Répertoire de procédure civile Dalloz*, v° Responsabilités encourues pour fonctionnement defectueux du service public de la justice – Responsabilités pour faute encourues à l'égard des usagers du service public de la justice, 2018
- HASCHER D., *Répertoire de droit international Dalloz*, v° Arbitrage du commerce international, 2005
- HOUTCIEFF D., *Répertoire de droit civil*, v° Renonciation, 2017

HUET A., *Encyclopédie JurisClasseur Droit international*, v° Fasc. 581-41, Compétences des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux, Règles communes à la compétence internationale ordinaire et à la compétence privilégiée des tribunaux français, Clauses attributives de juridiction, 2016

HUET A., *Encyclopédie JurisClasseur Droit international*, v° Fasc. 584-30 Effets en France des jugements étrangers subordonnés à leur régularité internationale – Procédures de contrôle de la régularité – Exécution ou force exécutoire du jugement : procédure de l'exequatur, 2015

JACQUET J.-M., *Répertoire de droit international*, v° Contrats, 1998,

JARROSSON C., CALLE P., *Répertoire de droit international Dalloz*, v° Transaction, 2017

JARROSSON C., LE BARS B., *Encyclopédie JurisClasseur Commercial*, v° Fasc. 197 : Arbitrage commercial – Droit interne, 2014

JARROSSON C., IDOT L., *Répertoire de droit européen, Dalloz*, v° Arbitrage, 2010,

JARROSSON C., RACINE J.-B., *Encyclopédie JurisClasseur Commercial*, v° Fasc. 199 : Arbitrage commercial. Droit international, 2012

JOURDAIN P., *Encyclopédie JurisClasseur Civil Code*, v° Fasc. 161 : Droit à réparation- Lien de causalité, 2011

LATINA M., *Répertoire de droit civil Dalloz*, v° Contrat : généralités, 2017

LE TOURNEAU P., *Répertoire de droit civil*, v° Responsabilité : généralité, 2009

LE TOURNEAU P., JULIEN J., *Répertoire de droit civil Dalloz*, v° Solidarité – Solidarité imparfaite (obligation in solidum), 2018,

LE TOURNEAU P., POUMAREDE M., *Répertoire de droit civil Dalloz*, v° Bonne foi, 2017

LOQUIN E., *Encyclopédie JurisClasseur Procédure civile*, v° Fasc. 1002 : Arbitrage – Institutions d'arbitrage, 2012

LOQUIN E., *Encyclopédie JurisClasseur Procédure civile*, v° Fasc. 1005 : Arbitrage – Définition. Nature juridique. Distinction avec d'autres institutions. Avantages et inconvénients, 2013

LOQUIN E., *Encyclopédie JurisClasseur Procédure civile*, v° Fasc. 1010 : Arbitrage – Aperçu historique - Aperçu de droit comparé, 2013

LOQUIN E., *Encyclopédie JurisClasseur Procédure civile*, v° Fasc. 1015 : Arbitrage. L'arbitre. Conditions d'exercice. Statut, 2015

LOQUIN E., *Encyclopédie JurisClasseur Procédure civile*, v° Fasc. 1032, Arbitrage, Compétence arbitrale, Investiture arbitrale, Etendue, 2016

LOQUIN E., *Encyclopédie JurisClasseur Procédure civile*, v° Fasc. 1036 : Arbitrage – Instance arbitrale – Procédure devant les arbitres, 2011

LOQUIN E., *Encyclopédie JurisClasseur Procédure civile*, v° Fasc. 1038 : Arbitrage. Instance arbitrale. Arbitrage de droit et amiable composition, 2018

LOQUIN E., *Encyclopédie JurisClasseur Procédure civile*, v° Fasc. 1042 : Arbitrage, Sentence arbitrale, 2012

LOQUIN E., *Encyclopédie JurisClasseur Procédure civile*, v° Fasc. 1800-50, Arbitrage, Convention d'arbitrage, Conditions de fond, Litige arbitral, 2021

MAUGAIN G., *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, v° Assignation, 2016,

MIGNOT M., *Encyclopédie Jurisclasseur Civil Code*, v° Fasc. Unique : Vente – Nature et forme – Prix et Frais, 2015

MILAN L., *Encyclopédie JurisClasseur Collectivités territoriales*, v° Fasc. 795 : Fonction publique et Convention européenne des droits de l'Homme, 2011

MOREAU B., BEREGOI A., DESCOURS-KARMITZ R., MALLET P.-E., LELEU A., *Répertoire de procédure civile Dalloz*, V° Arbitrage en droit interne, 2017

MOREAU B., GLUCKSMANN E., FENG P., *Répertoire de procédure civile Dalloz*, v° Arbitrage international, 2016

MOURRE A., VAGENHEIM A., *Encyclopédie Jurisclasseur droit international privé*, v° Fasc. 780 : arbitrage commercial international –instance arbitrale - Intervention du juge étatique - Mesures provisoires et conservatoires, 2014

PAILLET M., BREEN E., *Encyclopédie Responsabilité civile et Assurances*, v° Fasc. 370-20 : Responsabilité de la puissance publique – faute de service – preuve et qualification, 2009

PETIT S., *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique Dalloz*, v° Service public de la justice – Conditions et modalités de mise en cause de la responsabilité de l'Etat, 2012

PICOD Y., *Répertoire de droit civil Dalloz*, v° Obligations, 2017

PIGNARRE L.-F., *Répertoire de droit civil Dalloz*, v° Convention d'arbitrage, 2013

POCHARD M., *Encyclopédie JurisClasseur Administratif*, v° Fasc 812 : Responsabilité disciplinaire, civile et pécuniaire des élus, janvier, 2019

SAUTONIE-LAGUIONIE L., *Répertoire de droit civil Dalloz*, v° Action Paulienne – Existence d'une fraude paulienne, 2016

SICILIANOS L.-A., KOSTOPOULOU M.-A., *Répertoire de droit européen Dalloz*, v° Conv. EDH, art 6 : La protection du droit à un procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, 2018

SLIM H., *Encyclopédie JurisClasseur Responsabilité civile et Assurances*, v° Fasc. 255-10 : Responsabilité civile délictuelle en droit international privé, 2016

STRICKLER Y., *Encyclopédie JurisClasseur Civil Code*, v° Art. 2059 à 2061 - Fasc. 30 : Arbitrage – Procédure arbitrale, 2017

VAREILLES-SOMMIERES P., *Répertoire de droit international Dalloz*, v° Fraude à la loi, 1998

VEAUX-FOURNERIE P., VEAUX D., GARNIER M., *Encyclopédie JurisClasseur Contrats – Distribution*, v° Fasc. 85 : Typologie des obligations, 2003

WEILLER L., *Répertoire de procédure civile Dalloz*, v° Principes directeurs du procès, 2016

III. Articles

ABID C., « Le renouveau de l'arbitrage international dans les litiges de consommation : introduction de l'arbitrage collectif en France », *RTD Com.*, 2014

ABRAVANEL-JOLLY S., « Attention : les conditions des fautes intentionnelles et dolosives ne se confondent pas ! », *Bulletin juridique des Assurances*, n°63, mai 2019

ADAM P., « Controverse : Que penser de l'extension du préjudice d'anxiété ? », *Revue de droit du travail*, 2019, p.756 ;

AKYUREK A., CARTIER-MARRAUD M.-L., « La consécration du principe de loyauté procédurale, une nouvelle proposition émise dans le rapport sur l'amélioration et la simplification de la procédure civile », *Les petites affiches*, 11 juillet 2018, p. 6 et s.

ALT E., « La loyauté de la procédure en droit civil », *Revue Justice & Cassation*, 2014, p. 13 et s.

ANCEL P., « Le concours de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle », *Responsabilité civile et assurance*, 2012, dossier 8

ANDRIANTSIMBAZOVINA J., « Délai raisonnable du procès, recours effectif ou déni de justice ? », *RFDA*, 2003, p. 85 et s.

ANDREU L., THOMASSIN N., *Cours de droit des obligations*, Gualino 2018-2019, 3^e édition

ANTOINE A., FAIRGRIEVE D., « Écrire les décisions de justice... une comparaison franco-britannique », *Revue du droit public*, 2014, p. 759 et s.

ANTONMATTEI, P.-H. « Ouragan sur la force majeure », *JCP G*, février 1996,

ASFAR CAZENAVE C., « Les clauses de règlement de litiges optionnelles », *JCP E*, 2013, p.1522

AUDIT M., « L'action en nullité de la désignation d'arbitre comme substitut à l'action en nullité du contrat d'arbitre : le remède est-il préférable au mal », *Rev. arb.*, 2013

AUDIT M., CUPERLIER O., « Arbitrage, loi de police et responsabilité délictuelle », *D.*, 2010, p.2884

BACACHE M., « Le dommage prévisible : exécution par équivalent du contrat ou responsabilité contractuelle », *D.*, 2011

BACACHE M., GUEGAN-LECUYER A., PORCHY-SIMON S., « Dommage corporel », *D.*, 2015, p.2283

BALLADORE PALLIERI G., « L'arbitrage privé dans les rapports internationaux », *RCDAl*, vol. 51, 1935

BARBET J., « La Cour de cassation valide les clauses optionnelles unilatérales, sous réserve de prévisibilité », *Les cahiers de l'arbitrage*, 2015, p. 757

BARBIER H., « Grief de déséquilibre encore, à l'encontre d'une clause attributive de juridiction, » *RTD Civ.*, 2015, p. 607

BARBIER H., *RTD civ.*, 2015, p. 612 obs. sur Paris, 31 mars 2015, *Banque Delubac c/ X*

BEDJAOUI M., « Des fortes vérités de Cassandre aux modestes correctifs de Némésis », in *études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Suisse, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 385 et s.

BERNHEIM-DESVAUX S., « La clause de résolution de litiges optionnelle », *Contrats concurrence Consommation*, 2013, form.12

BERTHIER L., CAIRE A.-B., « La motivation des décisions de justice et la Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 2009, p. 677

BERTRAND E., « Confidentialité de l'arbitrage : évolution ou mutation après l'affaire Esso/BHP c/ Plowman », *RDAL*, 1996, n° 2, p. 169 et s.

BINCTIN N., « Droit de la propriété industrielle », *JCP E*, Novembre 2017

BLANC G., « Clause compromissaire et clause attributive de juridiction dans un même contrat ou dans un même ensemble contractuel, De la concurrence à la subsidiarité de la compétence des tribunaux étatiques », *JCP E*, novembre 1999

BLOCH L., « Force majeure : le calme après l'ouragan », *Responsabilité civile et assurance*, n°6

BOILLOT C., « L'obligation de ne pas faire : étude à partir du droit des affaires », *RTD Com.*, 2010,

BOLARD G., « Les faits tirés du dossier », in *Justice et Droit Fondamentaux, Études offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 43 et s.

BOLARD G., « Les principes directeurs du procès arbitral », *Rev. arb.*, 2004 p. 511 et s.

BOLLEE S., « La solidarité dans le contrat d'arbitre international », *JCP G*, 27 mars 2017

BOLZE A., « Motivation des jugements et impartialité du juge », *Dalloz actualité*, 28 janvier 2019, obs. sur Civ. 1^e, 19 décembre 2018, n° 17-22.056

BORE J., « La causalité partielle en noir et blanc ou les deux visages de l'obligation in solidum », *JCP* 1971. I

BORE J., « *Da mihi factum, dabo tibi jus*, Une philosophie du procès toujours d'actualité ? », *JCP G*, 2009, p. 319

BORGHETTI J.-S., « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », in *Etudes offertes à Geneviève Viney, Liber amicorum*, LGDJ, 2008

BORGHETTI J.-S., « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *RTD civ.*, 2010, p. 1 et s.

BORGHETTI J.-S., « De la causalité », in *Pour une réforme de la responsabilité civile*, F. TERRE (dir.), Dalloz, 2011

BORGHETTI J.-S., « L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile (1) Commentaires des principales dispositions », *D.*, 2016

BORGHETTI J.-S., « La dualité du régime de la responsabilité de l'arbitre », *Rev. arb.*, 2016,

BORGHETTI J.-S., WHITTAKER S., « Principes généraux de responsabilité ou droit des délits », *RDC*, 2019

BOURDIN R., « Le Règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage », *Revue camerounaises de l'arbitrage*, 1999, n°5, p.10

BREDIN J.-D., « Qu'est-ce que l'indépendance du juge ? », *Justices*, 1996-3

BUCHER C.-E., « La clause de confidentialité ou de secret », *Contrats Concurrence Consommation*, n°8-9, aout 2018

BUCHER C.-E., « Contrats : la force majeure et l'imprévision remèdes à l'épidémie de covid-19 », *Contrats Concurrence Consommation*, n°4, avril 2020,

BUCHMAN L., LOQUIN E., « Préférez l'arbitrage ! », *Gazette du Palais*, 16 septembre 2008, p. 9 et s.

BUREAU D., MUIR WATT H., « Compétence de l'arbitre pour statuer sur sa propre compétence en présence d'une loi d'ordre public régissant le fond du litige », *RCDIP*, 2010, p.743

BUSSY F., « *Justice et médias* », *D.*, 2010, p. 2526 et s.

CABRILLAC R., *Droit des obligations*, Dalloz, coll. Cours, 13^e édition, 2018

L. CADIET, « Droit judiciaire privé », *JCP G*, 1997, n° 47, doct. 4064

CADIET L., « Les métamorphoses du préjudice », in *Les métamorphoses de la responsabilité* PUF, 1997

CADIET L., « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », in *Justice et Droit Fondamentaux, Études offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 71 et s

CADIET L., « La légalité procédurale en matière civile », *BICC*, n° 636, 15 mars 2006, p.3 et s.

CADIET L., « Le principe de loyauté devant le juge civil et le juge commercial », *Procédures*, 2015, n°12, dossier 10

CANIVET G., « Comprendre le délibéré ? ou "Le mystère de la chambre du conseil" » in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard. Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Dalloz, 2010, p. 205 et s.

CAPRASSE O., « L'instance arbitrale et le temps », in *L'arbitre et le juge étatique, Études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia* (dir. A. SALETTI, J. VAN COMPERNOLLE et J.-F. VAN DROOGHENBROECK), Bruylant, 2014, p. 19 et s.

CAPRASSE O., ZIADE R., « La confidentialité dans la procédure arbitrale », *Rev. arb.*, 2014, p. 593 et s.

CARVAL S., « Article 1231-3 : limitation de la responsabilité contractuelle au dommage prévu ou prévisible », *RDC*, 2015

CAVALIEROS P., « La confidentialité de l'arbitrage », *Gazette du palais*, 15 décembre 2005, p. 6 et s.

CAVALIEROS P., « Le nouveau droit hongrois de l'arbitrage sous le prisme de la responsabilité de l'arbitre », *Rev. arb.*, 2018, p. 539 et s.

CAVALIEROS P., « La confidentialité de l'arbitrage », *Gazette du palais*, 2005

CAVROIS M.-L., « L'administration des juridictions de l'ordre judiciaire en France », communication présentée au Colloque du Comité Franco-Britanno-Irlandais de coopération judiciaire, Belfast, 10 mai 2007, accessible sur https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/10-05-2007/10-05-2007_cavrois.pdf

CAYROL N., « La notion de délibération », *Procédures*, 2011, n° 3, dossier 2

CHAINAIS C., « L'arbitre, le droit et la contradiction : l'office du juge arbitral à la recherche de son point d'équilibre », *Rev. arb.*, 2010, p. 3 et s.

CHAINAIS C., « Le temps », in *Rapport annuel de la Cour de cassation 2014 : Le temps dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La documentation française, 2015, p. 125 et s.

CHANTEPIE G., « De la nature contractuelle des contrats-types », *RDC*, 2009

CHENEDE F., « Responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle : une *summa divisio* ? », in *Vers une réforme de la responsabilité civile française, Regards croisés Franco-Québécois* (dir. B. MALLETT-BRICOUT), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2018, p. 31 et s

CHEVALIER P., « Impartialité de l'arbitre, étendue de son obligation de révélation et promptitude des parties à agir », *D.*, 2014, p. 1981, conclusions dans *Civ. 1^{re}*, 25 juin 2014, n° 11-26.529, *Tecnimont*

CLAVEL S., JAULT-SESEKE F., *Droit international privé*, *D.*, 2018

CLAY T., « Le dilatoire ne paie plus, il coute », *D.*, 2003, p. 2479, note sous Paris, 13 février 2003

CLAY T., « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », *D.*, 2006

CLAY T., « Le siège de l'arbitrage international entre « ordem » et « progressio » », *Gazette du palais*, 2008, p.20

CLAY T., *Rev. Arb.*, 2009, p. 186, note sous Paris, 12 février 2009

CLAY T., *D.* 2010, p. 2933, obs. sur Paris, 9 septembre 2010 (notamment)

CLAY T., « Le contrat d'arbitre », *Procédures*, 2012, Formules n° 7

CLAY T., « "Liberté, égalité, efficacité". La devise du nouveau droit français de l'arbitrage. Commentaire article par article », *Journal du droit international (Clunet)*, 2012, n° 2, doct. 4, p. 443 et s

CLAY T., « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », *D.* 2013, p. 2936

COHEN D., « Contentieux d'affaires et abus de *forum shopping* », *D.*, 2010, p.975

COHEN D., « Indépendance des arbitres et conflit d'intérêts », *Rev. arb.*, 2011, p. 611 et s.

COLLIOT J., « Regard critique sur les effets de la responsabilité contractuelle dans la réforme de la responsabilité civile », *Revue Lamy Droit civil*

CONSTANS A., « L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre en droit français », *Revue des juristes de Sciences Po*, 2010, p. 26

CONTE H., « Nouvelle affirmation de la limitation de la réparation au dommage prévisible », *Dalloz actualité*, 17 avril 2020

CORNELOUP S., « La loi applicable aux obligations contractuelles. Transformation de la Convention de Rome en règlement communautaire "Rome I" », *JCP G*, 2008, I, 205

CORNU G., « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragments d'un état des questions) », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 83 et s

CORNUT E., « Forum shopping et abus du choix de for en droit international privé », *Journal du droit international (clunet)*, n°1, janvier 2007, doct. 2

COURBE P., « L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre », *D.*, 1999, p. 497 et s.

COUSTRON L., « Réitérations des critères de la juridiction nationale », *RTD Eur.*, 2014

CUNIBERTI G., « La Lex Mercatoria au XXIe siècle : Une analyse empirique et économique », *Journal du droit international (clunet)*, n°3, juillet 2016, doct. 6

DA SILVA I., « Dualité juridictionnelle et responsabilité pour violation du droit à un délai raisonnable », *RFDA*, 2008

DALCQ R.-O., VAN OEVELEN A., « La responsabilité de l'arbitre, De Aansprakelijkheid van de arbiter », in *L'arbitre : pouvoirs et statut, Macht en onmacht van de arbiter, Actes du colloque du CEPANI du 28 avril 2003*, Bruylant, 2003, p.189 et s.

DAIGRE J.-J., « La condition de « faute détachable des fonctions » est cantonnée à la responsabilité civile des dirigeants et n'est pas applicable à la matière pénale au sens large, en particulier aux sanctions administratives de l'Autorité des marchés financiers », *Bulletin Joly Bourse*, 2004,

DALMAU R., « Obligation de moyens et obligation de résultat dans la lettre d'intention », *Bulletin Joly Sociétés*, 2020

DARSONVILLE A., « Impartialité et juge des libertés et de la détention », *Dalloz actualité*, 21 juin 2007, obs. sur Crim., 16 mai 2007, pourvoi n° 06-87.347, *Bull Crim.*, n° 128

DE BOISSESON M., « L'arbitrage et la fraude (à propos de l'arrêt Fougerolle, rendu par la Cour de cassation le 25 mai 1992) », *Rev. arb.*, 1993

DE BOISSÉSON M., « Post-scriptum critique sur les principes de la procédure arbitrale en droit français », *Rev. arb.*, 2018, p. 709 et s.

DE FONTMICHEL A., M. Donato, A. Meyniel, « Vue d'ensemble du régime juridique de délibéré arbitral en droit français de l'arbitrage », *Les cahiers de l'arbitrage*, 2014, n° 2, p. 207 et s.

DE LA ROSA S., « L'article 6 §1 de la Convention européenne, Le Conseil constitutionnel et la question préjudicielle de constitutionnalité », *Revue française de droit constitutionnel*, 2009/4, p. 817 et s.

DE VAREILLES-SOMMIERES P., « Contrôle du juge de l'annulation en cas d'allégation d'une violation du secret-défense et d'une atteinte à l'égalité des armes par renversement de la charge de la preuve », *Rev. arb.*, 2018, p. 587 et s.

DELAUNAY B., « L'impartialité du juge financier », *RFDA*, 2008, p. 381 et s.

DELEBECQUE P., « Pour ou contre les clauses limitatives de réparation », *RDC*, 2008

DELVOLVE J.-L., « Essai sur la motivation des sentences arbitrales », *Rev. arb.*, 1989, p. 149

DELVOLVE J.-L., « Vraies et fausses confidences, ou les petits et grands secrets de l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1996, p. 373 et s.

DEMOGUE R., S. 1924, 1, 105, obs. sous Civ., 11 janvier 1922, *Pelletier c. Doderet*

DERACHE C., « Indépendance et impartialité de l'arbitre en droit français », *JCP E*, 2012, 1480

DERAINS Y., « L'application cumulative des systèmes de conflit de lois intéressés au litige », *Rev. arb.*, 1972, p. 99 et s.

DERAINS Y., *Journal du droit international (Clunet)*, 1976, p.978

DERAINS Y., « Les nouveaux principes de procédure : confidentialité, célérité, loyauté », in *Le nouveau droit français de l'arbitrage* (dir. T. Clay), Lextenso éditions, 2011, p. 91 et s.

DERAINS Y., « Le professionnalisme des arbitres », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2012, n°4, dossier 19

DERAINS Y., « Le professionnalisme des arbitres internationaux », *Rev. arb.*, 2019

DEREUX G., « De la réparation due par l'auteur d'une seule des fautes dont le concours a causé un préjudice », *RTD civ.*, 1944. P. 155

DESHAYES O., « Clauses limitatives de responsabilité contractuelle et répartition des risques d'inexécution », *RDC*, 2008

- DESHAYES O., « La disparition de la faute lourde en droit des transports », *RDC*, 2010
- DEUMIER P., « Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation », *RTD Civ.*, 2006
- DIAZ J.-A., « Indépendance, neutralité et professionnalisme des arbitres, Point de vue d'un juriste d'entreprise », *Cahiers de droit de l'entreprise*, juillet 2012, n° 4, dossier 20
- DIDIER J.-P., « Le refus pour faute personnelle de la protection fonctionnelle, » *La semaine juridique Administrations et collectivités territoriales*, 2012, spé. n°1, p.2381
- DIMOLITSA A., « Quid encore de la confidentialité », in *Mélanges en l'honneur de François Knoepfler*, Helbing & Lichtenhahn, 2005, p. 249 et s.
- DONNAT F., CASAS D., *AJDA* 2002, p. 596, obs. sur CE, 28 juin 2002, *Magiera*, n° 239575
- DOUCHY-OUDOT M., « La loyauté procédurale en matière civile », *Gazette du palais*, 17 novembre 2009, p. 3 et s.
- DUBARRY J.-C., LOQUIN E., « Clause compromissoire, Contrat de consommation mettant en jeu les intérêts du commerce international, Validité, arbitrabilité du litige », *RTD Com.*, 1998
- DUCLERCQ C., « Recours en annulation, violation du contradictoire et responsabilité du tribunal arbitral », *JCP G*, 2015
- DUMERY A., « Responsabilité médicale, faute du patient et aggravation du dommage », *D.* 2008
- DUPRE A.-A., « La violation du droit processuel est-elle constitutive d'un déni de justice ? », *Les petites affiches*, 2010
- DRAI P., « Le délibéré et l'imagination du juge », in *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Dalloz, 1996, p. 107 et s.
- DUBARRY J.-C., « L'indépendance de l'arbitre par rapport aux parties : tutoiement, lien de subordination et conseiller habituel », *RTD com.*, 1999, p. 371 et s.
- DUMAS J.-P., « Secret de juges » in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Études offerts à Pierre CATALA*, Litec, 2001, p. 179
- EISEMANN F., « La lex fori de l'arbitrage commercial international », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1977, n° 34-36, p. 189 et s.
- ESTOUP P., « Une réforme souhaitable : l'assouplissement de certaines règles relatives à la motivation des jugements », *Gazette du palais*, 9 août 1990, p. 413

ETIENNEY de SAINTE MARIE A., « L'«interprétation créatrice» : l'intention et la détermination du contenu du contrat », RDC, 2015, p. 166

EVEILLARD G., « Quand le Conseil d'Etat vient au secours de la Cour de cassation », Droit administratif, 2018, n° 8-9, p. 57 et s.

FADLALLAH I., « Nouveau recul de la révision au fond : motivation et fraude dans le contrôle des sentences arbitrales internationales », Gazette du palais, 2000

FAGES B., « Contravention à une obligation de ne pas faire et clause de non-concurrence », RTD Civ., 2007

FAGES B., « Sanctions de l'inexécution d'une obligation de ne pas faire », RTD Civ. 2010

FAGES B., « Les clauses alternatives », RTD Civ., 2013, p.838.

FLAUSS J.-F. , « L'application de l'article 6 (1) de la Convention européenne des droits de l'homme aux procédures arbitrales », Gazette du palais, 2 juillet 1986, p. 407

FLÉCHEUX G., « La preuve dans les arbitrages internationaux », in L'internationalité dans les institutions et le droit : convergences et défis : études offertes à Alain Plantey, Pédone, 1995, p. 321 et s.

FOHRER-DEDEUWAERDER E., « Les clauses attributives de juridiction dans les relations commerciales établies », RTD Com., 2018, p.1083, spé. n°37

FOUCHARD P., « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique (à propos d'une jurisprudence récente) », Rev. arb., 1987, p. 225 et s.

FOUCHARD P., « La coopération du Président du Tribunal de grande instance à l'arbitrage », Rev. arb., 1989, p. 5 et s.

FOUCHARD P., « Typologie des institutions d'arbitrage », Rev. arb., 1990, p. 281 et s.

FOUCHARD P., « Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française », Rev. arb., 1996, p. 325

FOUCHARD P., « L'arbitrage. Les règles de procédure face aux problèmes économiques », Revue internationale de droit économique, 1997, p. 237

FOUCHARD P., « Suggestions pour accroître l'efficacité international des sentences arbitrales », Rev. arb., 1998, p. 653

FOUCHARD P., « Les rapports entre l'arbitre et les parties et l'institution arbitrale », in Écrits ; Droit de l'arbitrage. Droit du commerce international (P. FOUCHARD), Comité français de l'arbitrage, 2007, p. 429

FOURNIER S., « La « faute personnelle » du préposé », Les petites affiches, 1997

FRICERO N., « Méconnaissent les dispositions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme relatives au droit à un procès équitable les juridictions de jugement qui ne répondent pas à certains moyens soulevés par les parties », D., 1996, p. 202

FRISON-ROCHE M.-A., « L'impartialité du juge », D., 1999, p. 53

FRISON-ROCHE M.-A., « Arbitrage et droit de la régulation », in Droit et économie de la régulation, Volume 3 : Les risques de la régulation, (M.-A. FRISON-ROCHE, dir.), Presses de Sciences Po, 2005, p. 223 et s

GAILLARD E., Journal du droit international (Clunet), 1986 , p.200

GAILLARD E., « Le principe de confidentialité de l'arbitrage commerciale international », D., 1987, chron., p. 153

GAILLARD E., « Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international », Rev. arb., 1990, p. 759

GAILLARD E., « Réflexions sur le nouveau droit français de l'arbitrage international », Rev. arb., 2011, p. 525 et s.

GAILLARD E., « Les principes fondamentaux du nouvel arbitrage », in Le nouveau droit français de l'arbitrage (dir. T. Clay), Lextenso éditions, 2011, p. 57 et s.

GAILLARD E., « Sociologie de l'arbitrage international », Journal du droit international (Clunet), 2015, n° 4, doct. 9, p. 1089 et s.

GALI H., « Incidences de la faute lourde sur l'efficacité d'une clause limitative de responsabilité », Les petites affiches, 2018

GALLMEISTER I., « Retard de la SNCF : préjudice de l'avocat n'ayant pu plaider », D., 2012

GAUDEMET-TALLON H., « La prorogation conventionnelle de juridiction en droit international privé », D., 1965

GAUTIER P.-Y., « Le propriétaire indemnisé sans avoir à prouver son dommage (suite) », RTD Civ., 2002

GAUTIER P.-Y., « La responsabilité civile de l'arbitre, au regard du temps qui passe », D., 2006, p.274

GÉLINAS F., « La jurisprudence arbitrale de la Chambre de commerce internationale », Gazette du palais, 11 janvier 2000, p. 19 et s.

GENEVOIS B., « L'application du principe d'impartialité, À propos de la décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012 », Revue juridique de l'économie publique, 2013,

n° 704, étude 2, p. 10 et s., obs. sur Cons. Constit., 12 octobre 2012, décision n° 2012-280 QPC.

GIORGETTI M., « Le temps de l'instance arbitrale et les interventions du juge étatique », in *L'arbitre et le juge étatique, Études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia* (A. SALETTI, J. VAN COMPERNOLLE et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, dir.), p. 77 et s.

GIRAUD P., *Le devoir de l'arbitre de se conformer à sa mission*, Bruylant, 2017

GIUDICELLI A., « De l'impartialité personnelle du juge d'instruction et de la manière de la mettre en cause », RSC, 2004, p. 668

GIUDICELLI A., « L'impartialité personnelle d'une magistrate questionnée par son engagement associatif », RSC, 2015, p. 115

GIULIANO M., LAGARDE P., « Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *Journal officiel des Communautés européennes*, 31 octobre 1980, n° C/282-1

GJIDARA S., « La motivation des décisions de justice ; impératifs anciens et exigences nouvelles », *Les petites affiches*, 26 mai 2004, p. 3 et s.

GRIDEL J.-P., LAITHIER Y.-M., « Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur : état des lieux », JCP G, n°21, mai 2008

GRIMAUD C., « Précisions sur les conditions de validité des clauses de responsabilité », *Les petites affiches*, 2010

GROSSER P., « Pertinence des critères cumulés pour caractériser la force majeure en matières délictuelle et contractuelle », JCP G, n°23, juin 2006

GUETTIER C., « Faute civile et faute administrative », *Responsabilité civile et assurances*, 2003

GUILLAUMÉ J., *Journal du droit international (Clunet)*, 2019, n° 1, p. 8, obs. sur CEDH 2 octobre 2018, requête n°40575/10 et 67474/10, §175

GUINCHARD S., « L'arbitrage et le respect du principe du contradictoire (à propos de quelques décisions rendues en 1996) », *Rev. Arb.*, 1997, p. 185 et s

HENRY M., « Les obligations d'indépendance et d'information de l'arbitre à la lumière de la jurisprudence récente », *Rev. arb.*, 1999, p. 193 et s.

HENRY M., « L'indépendance de l'arbitre au cœur du Juste et de l'Utile », *les cahiers de l'arbitrage*, 2013

HENRY M., « L'obligation de loyauté des arbitres envers les conseils », *Les cahiers de l'arbitrage*, 2014, p. 525 et s.

HENRY M., Les cahiers de l'arbitrage, 2015, p. 313, obs. sur Paris, 31 mars 2015, Banque Delubac c/ X

HENRY M., « La responsabilité de l'arbitre pour reddition de sentence tardive », Les Cahiers de l'arbitrage, 2015

HENRY M., « Éthique et arbitrage ou la solitude du coureur de fond », Rev. arb., 2016, p. 707 et s.

HOCQUET-BERG S., « La force majeure aux deux visages », Responsabilité civile et assurances n°5, mai 2018

HOUTCIEFF D., « Le régime des clauses limitatives de responsabilité est-il satisfaisant », RDC, 2008

HOUTCIEFF D., « La sanction de l'inexécution d'une obligation de ne pas faire ne dispense pas de la preuve d'un préjudice », Gazette du palais, janvier 2020

IDOT L., « Une innovation surprenante : l'introduction de l'arbitrage dans le contrôle communautaire des concentrations », Rev. arb., 2000, p. 591

JACQUET J.-M., « Avons-nous besoin de jurisprudence arbitrale ? », Rev. arb., 2010, p. 445 et s.

JACQUET J.-M., « L'autonomie de la volonté et la pensée juridique », in Le Droit à l'épreuve des siècles et des frontières, Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel, LGDJ, 2018

JARROSSON C., « L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme », Rev. arb., 1989, p. 573 et s.

JARROSSON C., « Réflexions sur l'imperium », in Études offertes à Pierre BELLET, Litec, 1991

JARROSSON C., « L'arbitrabilité, présentation méthodologique », RJ Com., 1996

JARROSSON C., « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », RIDC, 1997, n°2, p. 325 et s.

JARROSSON C., PELLERIN J., « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », Rev. arb., 2011, p. 5 et s.

JOURDAIN P., « Réparation : le préjudice ne serait plus une condition de la condamnation à des dommages-intérêts pour violation d'une obligation de ne pas faire ! », RTD Civ., 1998

JOURDAIN P., « La responsabilité professionnelle et les ordres de responsabilité civile », Les petites affiches, 11 juillet 2001, n° 137, p. 63

JOURDAIN P., « La responsabilité des père et mère : une responsabilité principale et directe, indépendante de celle du mineur », D., 2003

JOURDAIN P., « Le préjudice demeure une condition de la responsabilité civile », RTD Civ., 2004

JOURDAIN P., « L'exigence d'un préjudice vaut aussi bien en matière contractuelle que délictuelle », RTD Civ., 2004

JOURDAIN P., « Il n'y a pas de préjudice résultant de la perte de rémunérations illicites », RTD civ., 2007

JOURDAIN P., « Les préjudices d'angoisse », JCP G, n°25, juin 2015

JOURDAIN P., « Quel avenir pour la distinction des obligations de résultat et de moyens ? Libres propos », JCP G, 2016

JOURDAIN P., « Non-cumul des responsabilités et opposabilité du contrat aux tiers », RTD civ., 2019, p. 338

JOURDAIN P., « Nouvelle extension du préjudice d'anxiété au profit des salariés exposés », RTD Civ., 2019

JOSSERAND L., « La reconstitution d'un droit de classe », DH 1973

JUEN E., « Nouveau regard sur la dualité du régime de la responsabilité de l'arbitre », in Droit sans frontières, Mélanges en l'honneur d'Eric Loquin, LexisNexis, 2019, p. 653 et s

JULIEN P., FRICERO N., D. 2006, p. 545, obs. sur Civ. 1e, 7 juin 2005, pourvoi n° 05-60.044.

KENFACK H., « Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), navire stable aux instruments efficaces de navigation ? », Journal du droit international (Clunet), 2009, n° 1, p. 1 et s.

KESSEDJIAN C., « Principe de la contradiction et arbitrage », Rev. arb., 1995, p. 381

KESSEDJIAN C., « Le règlement 44/2001 et l'arbitrage », Rev. arb., 2009, p. 699

KLEIMAN E., SALEH S., « Célérité et loyauté en droit français de l'arbitrage international : quelles Célérité et loyauté en droit français de l'arbitrage international : quels pouvoirs et quelles responsabilités pour les arbitres et les parties ? », Les cahiers de l'arbitrage, 2012, p. 99 et s.

KLEIMAN E., TEYNIER E., « Pénalisation et médiatisation d'un arbitrage : quel impact pour la place de Paris ? L'affaire Tapie », Journal de l'arbitrage de l'Université de Versailles, octobre 2014, p. 1 et s.

KOHLER C., « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatique », RCADI, 2019, vol. 359

LAAZOUZI M., « Le contrat « d'arbitre international et la solidarité venue d'ailleurs », RDC, 2017, p.301

LACAN G., « Impartialité du juge, une exigence légitime du citoyen », Gazette du palais, 2 juillet 2013, n° 137q3, avis sur Com., 20 juin 2013, n° 13-84.177

LAGARDE P., « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain (Cours général de droit international privé) », RCADI, 1986, vol. 196

LALIVE P., « Les règles de conflit appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse », Rev. arb., 1976, p. 155 et s.

LALIVE P., « Avantages et inconvénients de l'arbitrage « ad hoc » », in Etudes offertes à Pierre Bellet, Litec, 1991

LAMY F., RFDA, 2002, p. 756, conclusions dans l'affaire Magiera (CE, 28 juin 2002, Magiera, n° 239575)

LARROUMET C., « à propos de la jurisprudence arbitrale », Gazette du palais, 14 décembre 2006, p. 5 et s.

LATINA M., « De la renonciation au droit à réparation », Defrénois, 2020

LAZAREFF S., « L'arbitre est-il un juge ? », in Liber amicorum Claude Reymond, Autour de l'arbitrage, LexisNexis Litec, 2004, p. 176

Le BARS B., « Impartialité de l'arbitre, étendue de son obligation de révélation et promptitude à agir des parties », D., 2014, p. 1986 et s.

LE BOEDEC MAUREL B., « Impartialité et neutralité du juge, garanties du procès équitable », Gazette du palais, 12 novembre 2019, p. 3

LE CANNU P., « Faute détachable des dirigeants et liquidation judiciaire de la société », RTD Com., 2006

LE GALL J.-P., « Le statut fiscal de l'arbitrage international en Europe », in L'internationalité dans les institutions et le droit : convergences et défis : études offertes à Alain Plantey, Pédone, 1995, p. 331 et s.

LE ROY M., « La réparation des dommages en cas de lésions corporelles : préjudice d'agrément et préjudice économique », D., 1979

LEBOULANGER P., « Principe de collégialité et délibéré arbitral », in Mélanges en l'honneur de François Knoepfler, Helbing & Lichtenhahn, 2005, p. 259 et s.

LECUYER H., « L'inexécution du contrat », Contrats Concurrence Consommation, n°5, mai 2016

LEVEL P., « À propos de la médiation dans la vie des affaires », JCP E, 1989, 15615

LEVEL P., « Brèves réflexions sur l'office de l'arbitre », in Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?, Dalloz, 1996, p. 259 et s.

LEVENEUR L., « Le forçage du contrat », Droit et patrimoine, 1998, n° 58, p. 69

LEVENEUR L., « Rappel de la règle du non-cumul entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle », Contrats, concurrence et consommation, 2002, n°7, comm. 106, obs. sous Civ. 1e, 19 mars 2002, pourvoi n° 00-13.971

LEVENEUR L., « Ou la faute du créancier n'est pas admise comme cause d'exonération partielle de la responsabilité du débiteur », Contrats Concurrence Consommation, n°7, juillet 2008

LEVENEUR L., « Violation de la clause : des dommages et intérêts sont-ils dus nonobstant l'absence de préjudice ? », Contrats Concurrence Consommation, n°10, octobre 2017

LEVENEUR L., « La condition d'un préjudice vaut aussi en cas d'inexécution d'une obligation de ne pas faire », Contrats Concurrence Consommation, n°8-9, aout 2019

LIBCHABER R., « Retour sur les clauses alternatives, attributives de compétences », RDC, 2013, p.176 ;

LIENHARD A., « Expert de l'article 1843-4 du code civil : irrecevabilité d'une QPC », Dalloz Actualité, 4 juillet 2011, obs. sur Com., 28 juin 2011, n° 11-40.030, Bull IV, n° 111

LISANTI C., « Sanction de l'inexécution de l'obligation de ne pas faire », D., 2007

LOQUIN E., « Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international », Journal du droit international (Clunet), 1983, p. 293 et s.

LOQUIN E., « Le principe du contradictoire en matière d'arbitrage », RTD Com., 2000, p. 337, note sous Versailles 27 mai 1999

LOQUIN E., « Les garanties de l'arbitrage », Les petites affiches, 2 octobre 2003, p. 13 et s.

LOQUIN E., « Réflexions sur "la jurisprudence arbitrale", sa cohérence et ses divergences », in Les divergences de jurisprudence (dir. P. ANCEL, M.-C. RIVIER), Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2003, p. 127 et s.

LOQUIN E., « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage », Rev. arb., 2006, p. 323 et s.

LOQUIN E., « à la recherche du principe de l'égalité des parties dans le droit de l'arbitrage », Gazette du palais, 2 juillet 2008, p. 5

LOQUIN E., Règles matérielles du commerce international et droit économique, Revue international de droit économique, 2010/1 t.XXIV

LOQUIN E., « De l'obligation faite au tribunal arbitral de faire discuter contradictoirement par les parties les moyens de droit qu'il introduit dans la cause », RTD com. 2010, p. 545 et s.

LOQUIN E., « La réforme du droit français interne et international de l'arbitrage (Commentaire du décret n° 2011-38 du 13 janvier 2011) », RTD com., 2011, p. 255 et s.

LOQUIN E., « Le compromis d'arbitrage n'est pas une clause susceptible d'être déclarée abusive », RTD Com., 2012

LOQUIN E., « Le contentieux de la rupture abusive des relations d'affaires établies entre dans le champ d'application de la clause compromissoire stipulée dans le contrat objet de la rupture », RTD Com., 2012, p.525

LOQUIN E., « La confirmation de la validité des clauses d'arbitrage optionnelle bilatérale », RTD Com., 2013, p.478

LOQUIN E., « L'immunité juridictionnelle de l'arbitre et ses limites », RTD Com., 2014, spé. p.315

LOQUIN E., « La dualité du régime de la responsabilité de l'arbitre », JCP G, 2014, p. 392

LOQUIN E., RTD Com., 2015, p. 53, obs. sur Civ. 1e, 18 décembre 2014 pourvoi n° 14-11.085

LOQUIN E., « L'accès du plaideur impécunieux à la justice arbitrale », RTD com., 2019, p. 53 et s.

LOQUIN E., « La faute de l'arbitre qui accepte d'être désigné comme arbitre dans une procédure en sachant qu'il lui était impossible de rendre de nouvelles décisions », RTD Com., 2019,

MAGENDIE J.-C., « Loyauté, dialogue, célérité, Trois principes à inscrire en lettres d'or aux frontons des palais de justice », in Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard. Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Dalloz, 2010, p. 329 et s.

MAGENDIE J.-C., FERRIER D., « La transparence : une exigence raisonnable pour l'indépendance des arbitres », D., 2015, p. 29 et s.

MAIROT A., « L'obligation de ne pas faire, une obligation originale », Revue Lamy Droit civil, n°90, 2012

MARTY G., « La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile », RTD Civ., 1939

MATRAY D., MATRAY G., « Le principe du contradictoire : ses contours », in Le principe du contradictoire en arbitrage (ouvrage collectif), Bruylant, 2016, p. 21 et s.

MAYER P., « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », in Recueil cours de l'Académie de droit international de La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, vol. 217, p. 319 et s.

MAYER P., « Imperium de l'arbitre et mesure provisoire », in Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François POUDRET, Lausanne, Stämpfli, 1999, p. 437

MAZEAUD D., « La distinction obligation de résultat - obligation de moyens : le saut dans le vide », D., 2017

MAZEAUD D., « Réforme du droit des contrats : que vont les règles jurisprudentielles non codifiées devenir », in Liber amicorum, Mélanges en l'honneur de François Collart Dutilleul

MAZEAUD D., « L'influence de la faute de la victime sur son indemnisation », D., 2015, p.1137

MAZEAUD D., « Les contrats portant sur la réparation d'un préjudice », RDC, 2016

MAZEAUD V., « L'unité et l'utilité de la faute lourde en matière contractuelle », D., 2015

MEKKI M., « La distinction entre les obligations de moyens et de résultat : esquisse d'un art » RDA, 2013

MEKKI M., « La place du préjudice en droit de la responsabilité civile », in le préjudice entre tradition et modernité, Assc. H. Capitant, Journées franco-japonaises, 2013

MEKKI M., « Le double jeu de l'arbitre et la mise en jeu de sa responsabilité », Gazette du palais, 17 avril 2014, n° 174

MELIN F., « Indépendance des juges et mesures de baisse des salaires : position de la CJUE », Dalloz actualité, 22 mars 2018, obs. sur CJUE, 27 février 2018, C-64/16.

MELLA E., « Les validations législatives au regard du droit à un procès équitable », RTDH, 2000, p. 796 et s., obs. sur CEDH, 28 oct. 1999, Zielinski, Pradal, Gonzalez et autres c/ France, requête n° 24846/94 et 34165/96

MENETREY S., « La transparence dans l'arbitrage d'investissement », Rev. arb., 2012, p. 33 et s.

MENURET J.-J., « Compatibilité du régime spécial de responsabilité de la puissance publique de l'article L. 781-1 du Code de l'organisation judiciaire avec l'article 6 de la Convention EDH et redéfinition de la notion de faute lourde », JCP G, 2001, II, 10583

MESTRE J., « Quelques réflexions sur la pratique du délibéré arbitral », Rev. arb., 2012, p. 779 et s.

MILANO L., « Les lois rétroactives, illustration de l'effectivité du dialogue des juges », RFDA 2006, p. 447

MILLERAND A., « Transparence financière pour les sociétés cotées et confidentialité des procédures d'arbitrage : quel équilibre », Revue Droit bancaire et financiers, septembre 2012

MINET-LELEU A., « Impartialité et juge administratif des référés », Droit administratif, nov. 2019, étude 14, p. 12 et s.

MINIATO L., « L'introuvable principe de loyauté en procédure civile », D., 2007, p. 1035

MITROVIC L., « Arbitrage baseball : arbitrage ou mode alternatif de règlement ? », Rev. arb., 2003, p. 1167 et s.

MONTERAN T., « Impartialité, droits de l'Homme et QPC », Revue des procédures collectives, 2015, n° 4, étude 13

MORA C., « La mora creditoris », RTD civ., 1998

MORTIER R., « Reconnaissance par la Cour de cassation du préjudice moral d'une société », JCP E, septembre 2012

MORVAN P., « Les vises de principes dans la jurisprudence de la Cour de cassation : inventaire d'un droit "hors-la-loi" », Les Petites Affiches, 8 juin 2005, p. 5

MOTULSKY H., « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », D., 1964, chron. p. 235

MOTULSKY H., « L'évolution récente de la condition de la loi étrangère en France », in Écrits. Tome 3 : Études et notes de droit international privé (H. MOTULSKY), Dalloz, 1978, p. 125 et s.

MOTULSKY H., « La nature de l'arbitrage », in Écrits, études et notes sur l'arbitrage (H. MOTULSKY), Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2009, p. 5 et s.

MOUANNES H., « L'impartialité juridictionnelle dans le viseur de la QPC », Constitutions : revue de droit constitutionnel appliqué, 2012, p. 273

MOURALIS D., « Les exigences d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre », Les petites affiches, 13 février 2013, p. 13 et s.

MOURRE A., « Le droit français de l'arbitrage international face à la Convention européenne des droits de l'homme », Les cahiers de l'arbitrage, 2000, p. 16 et s.

MOURRE A., « Référé pré-arbitral de la CCI : to be or not to be a judge... », Gazette du Palais, 29 mai 2003, p. 5 et s.

MOURRE A., VAGENHEIM A., « A propos de la portée de l'exclusion de l'arbitrage dans le règlement n° 44/2001, notamment après l'arrêt West Tankers de la CJCE », Gazette du palais, 18 juillet 2009, p.20

MOURY J., « Force majeure : éloge de la sobriété », RTD Civ., 2004

MOUSSERON M., « Les usages de l'arbitrage », Les petites affiches, 13 février 2013, p. 27 et s

MUIR-WATT H., « Régulation de l'économie globale et l'émergence de compétences déléguées : sur le droit international privé des actions de groupe. A propos de l'affaire Vivendi Universal », Rev. crit. DIP, 2008, p. 581

MULLER C., « La confidentialité de l'arbitrage commercial international : un trompe-l'œil ? », ASA Bulletin, Kluwer Law International, 2005, vol. 23, p. 216 et s.

NORMAND J., RTD civ. 1975, p. 355, obs. sur CE, 4 octobre 1974, Dame David

NORMAND J., « Le domaine du principe de motivation », in La motivation (Travaux de l'association Henri Capitant), tome III, Limoges, LGDJ, 2000, p. 17 et s.

NOURRISANT C., « Rupture brutale d'une relation commerciale établie : du curieux effet du franchissement d'une frontière sur la nature de l'action ! », RLDA, 2007

NOURRISSAT C., « Le champ d'application du règlement "Rome II" », in Le règlement communautaire "Rome II" sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, S. CORNELOUP et N. JOUBERT (dir.), LexisNexis, 2008

NOURRISSAT C., « Le nouveau droit français de l'arbitrage (décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage) », Procédures, 2011, n°3, étude 3

OPPETIT B., « Justice étatique et justice arbitrale », in Études offertes à Pierre Bellet, Litec, 1991, p. 415 et s.

ORTSCHEIDT J., JCP, 2013, Doctr. 784, § 6, obs. sur Paris, 15 janv. 2013, n° 11/03911, Yukos Capital

ORTSCHEIDT J., « Illustrations du principe de loyauté procédurale dans la conduite de l'arbitrage », Justice et cassation, 2014, p. 85

PAILLUSSEAU J., JCP E, 2006, p. 1395, obs. sous sur Civ. 1e, 6 décembre 2005, pourvoi n° 03-13.116

PANCHAUD A., « Le siège de l'arbitrage international de droit privé », *Rev. arb.*, 1966, p.2

PARK W. W., « Les devoirs de l'arbitre : ni un pour tous, ni tous pour un », *Les cahiers de l'arbitrage*, 1er janvier 2011, p. 13 et s.

PELLERIN J., « La codification de l'arbitrage en droit français », in *Codification du droit privé et évolution du droit de l'arbitrage*, Journées franco sudaméricaines de droit comparé 3-4 octobre 2013, (dir. B. Fauvarque-Cosson, D. P. Fernandez Arroyo, J. Monéger), Société de législation comparée, 2014

PELLET S., « Clauses attributives de juridiction asymétrique : l'éclaircie », *L'essentiel droit des contrats*, 2015, p.1

PERROT R., « L'arbitrage, une autre justice », *Les petites affiches*, 2 décembre 2003, p. 32

PERROT R., « La loyauté procédurale », *RTD civ.*, 2006, p. 151, obs. sur Civ. 1e, 7 juin 2005, pourvoi n° 05-60.044

PETIT S., « Responsabilité de la puissance publique », *AJDA*, 2001

PIGNATARI O., « Préjudice automatiquement causé par la violation d'une obligation de ne pas faire : bis repetita », *Revue Lamy Droit civil*

PINNA A., « L'arbitre et le recours en annulation contre la sentence qu'il a rendue », *Les cahiers de l'arbitrage*, 2012

PINNA A., DE BÉRARD F., « L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre désigné dans deux procédures connexes », *Cahiers de l'arbitrage*, 1er décembre 2014, p. 805

PLUYETTE G., « Le principe de loyauté dans le déroulement de la procédure arbitrale », in *La diversité du droit, Mélanges en l'honneur de Jerry Saint-Rose*, Bruylant, 2012, p. 1121 et s.

PRÉTOT X., « Le Conseil constitutionnel, la Cour européenne de Strasbourg et les validations législatives », in *Le nouveau constitutionnalisme, Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, *Économica*, 2001, p. 219 et s.

PRUJINER A., « L'arbitrage unilatéral : un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel », *Rev. arb.*, 2005, p. 63 et s.

PUIGELIER C., « Un juge sans préjugé », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin*, Dalloz, 2008, p. 317 et s.

RACINE J.-B., « Réflexion sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.*, 2005, p. 305 et s.

RACINE J.-B., « La consécration de l'autonomie matérielle de la clause attributive de compétence par rapport au contrat principal », RDC, 2011

RACINE J.-B., « Le nouvel arbitre », in *Le nouveau droit français de l'arbitrage* (dir. T. Clay), Lextenso éditions, 2011, p. 117 et s.

RACINE J.-B., « Arbitrage international – Convention d'arbitrage- Effets – Obligations solidaire des parties au paiement – Loi étatique – règle matérielle », *Journal du droit international (Clunet)*, 2017

RÉMY P., « La “responsabilité contractuelle” : histoire d'un faux concept », *RTD civ.*, 1997, p. 323 et s.

RENARD-PAYEN O., « La Cour de cassation précise la notion de faute lourde dans l'appréciation de la responsabilité de l'Etat du fait du service défectueux de la justice », *JCP Administrations et collectivités territoriales*, 2003

RENUCCI J.-F., « Intime conviction, motivation des décisions de justice et droit à un procès équitable », *D.*, 2009, p. 1058

RENET T., « L'uniformisation de l'interprétation : contrats types et contrat d'adhésion », *RDC*, 2015

REYMOND C., « Des connaissances personnelles de l'arbitre à son information privilégiée. Réflexions sur quelques arrêts récents », *Rev. arb.*, 1991, p. 3 et s.

RIAS N., « Responsabilité du transporteur ferroviaire : la faute de la victime refait parler d'elle », *D.*, 2016, p.776

RIVIER M.-C., « Justice étatique, justice arbitrale - L'exigence de loyauté procédurale, entre diligence, cohérence et compétence », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard. Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Dalloz, 2010, p. 837 et s.

ROBERT J., « La clause compromissoire et l'organisation de l'arbitrage », *Recueil Sirey*, 1929, p. 51

ROUJOU DE BOUBÉE G., « Cycle la justice pénale. L'indépendance et l'impartialité des juges », *JCP G*, 2015, n° 15, doct. 457

Rousseau D., « Une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, n° 8

SALOMON R., « Faute détachable du dirigeant social : maintien de la jurisprudence de la chambre criminelle », *D.*, 2018

SAVADOGO L., « Dénier de justice et responsabilité internationale de l'État pour les actes de ses juridictions », *Journal du droit international (Clunet)*, 2016

SAVAUX E., « L'interprétation dans un ensemble contractuel », RDC, 2016, p. 207

SCHLOSSER P., « L'arbitrage, la contradiction et le droit d'être entendu en droit allemand, suisse et français », in Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?, Dalloz, 1996, p. 455 et s.

SERAGLINI C., JCP G, 2003, I, 164, n°3, obs. sous Paris, 28 novembre 2002

SERAGLINI C., JCP G, 2006, I, 148, n° 2, obs. sous Civ. 1e, 6 décembre 2005, pourvoi n° 03-13.116

SERAGLINI C., « Les recours en cas de fraude », Rev. arb., 2018, p. 121, spé. n°4, p. 123 ;

SERAGLINI C. « Le juge du contrat d'arbitre : aspects de droit international privé », in Droit sans frontières, Mélanges en l'honneur d'Eric Loquin, LexisNexis, 2019, p. 323

SERINET Y.-M., BOUCOBZA X., « La portée d'une clause alternative de résolution des différends », RDC, 2013

STERN B., « Un coup d'arrêt à la marginalisation du consentement dans l'arbitrage international », Rev. arb., 2000, p. 403 et s.

STOFFEL-MUNCK P., « Le particularisme de la force majeure en matière contractuelle », RDC, 2003

STOFFEL-MUNCK P., « Le préjudice moral des personnes morales », in Libre droit, mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau, Dalloz 2008

P. STOFFEL-MUNCK, « Les sources des obligations », F. TERRE (dir.), Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz 2009,

STOFFEL-MUNCK P., « La responsabilité de l'arbitre », Rev. arb., 2017, p. 1119

STOFFEL-MUNCK P., « La solidarité passive des parties envers l'arbitre », Les cahiers de l'arbitrage, 2018

STRICKLER Y., « La loyauté processuelle », in Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin, Dalloz, 2008, p. 355 et s

STRICKLER Y., « Les limites de l'option offerte par l'article 46 du Code de procédure civile », Procédures, 2019, comm.246

Sudre F., « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », JCP G, 2011, n° 4, doct. 94, spé. n° 5, obs. sur CEDH, 23 nov. 2010, Moulin c/ France

TERRÉ F., « L'internationalité du juge dans l'arbitrage », in L'internationalité dans les institutions et le droit : convergences et défis : études offertes à Alain Plantey, Pédone, 1995, p. 219 et s.

THARI C., « L'impartialité du juge des libertés et de la détention », Dalloz actualité, 15 juin 2011

THERY P., RTD civ. 2006, p. 144, obs. sous Civ. 1e, 6 décembre 2005, pourvoi n° 03-13.116

THERY P., « La responsabilité de l'arbitre », RTD Civ., 2006, spé. p.144 ;

THERY P., « Relativité de la qualification de juridiction : arbitrage forcé et recours préjudiciel en interprétation », RTD civ., 2014, p. 434

TRAIN F.-X., « L'arbitre, prestataire de service juridictionnel », Revue Lamy Droit civil, 2006

TREPOZ E., « De la potestativité à l'indéterminabilité de la clause attributive de juridiction unilatérale », RDC, 2015, p.552

USUNIER L., « La convention de la Haye du 30 juin 2005 sur les élections du for, Beaucoup de bruit pour rien ? », Rev. Crit. DIP 2010

VALLENS J.-L., « Forum shopping », Cahiers de l'entreprise n°5, septembre 2009

VAN CAMPERNOLLE J., « Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable : les effectivités d'un droit processuel autonome in Justice et droits fondamentaux », in Justice et Droit Fondamentaux, Études offertes à Jacques Normand, Litec, 2003, p. 471 et s.

VAN HECKE G., « Principes et méthodes de solution des conflits de lois », RCADI, tome 126, 1996

VIAL J.-P., « Accident de quad. L'obligation de moyens n'a pas fini de faire couler de l'encre ! », Gazette du palais, 2020

VIDAD. L, Notions de base de l'arbitrage, in L'arbitrage : Questions contemporaines, Textes réunis par Y. STRICKLER sous la responsabilité scientifique de Y. STRICKLER et J.-B. RACINE, L'Harmattan, 2012, p. 11 et s.

VINEY G., « Pour une interprétation modérée et raisonnée du refus d'option entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle (article 1458, deuxième alinéa du Code civil du Québec) », MacGill law Journal, vol. 39, 1994, p. 814

VINEY G., « Remarques sur la distinction entre faute intentionnelle, faute inexcusable et faute lourde », D. ; 1975

VINEY G., « Les obligations et la responsabilité contractuelle de l'arbitre », RDC 2006, p. 812

VINEY G., « La force majeure : une définition spécifique à la matière contractuelle », RDC, 2006

VINEY G., « Rapport de synthèse », in Les immunités de responsabilité civile, PUF, 2009

WEILLER L., « Les obligations de loyauté, de célérité et de confidentialité », Les petites affiches, 13 février 2013, p. 11 et s.

WEILLER L. « Compétence pour connaître de l'action en nullité de la désignation d'un arbitre », Procédures, 2013, comm. 186

WEILLER L., « Compétence du juge étatique en présence d'une clause de résolution de litiges complexe », Procédures, 2013

WEILLER L., Procédures, 2015, 85, obs. sur Civ. 1e, 18 décembre 2014 pourvoi n° 14-11.085

WEILLER L., « Retour sur la liberté de choix des parties à l'épreuve de l'office de l'arbitre », Les cahiers de l'arbitrage, 2018, p. 205 et s.

WEISS A., « De l'exécution des sentences arbitrales étrangères en France », Revue de droit international privé et de droit pénal international, 1906, p. 34 et s.

WENGLER W., « L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », RCDIP, 1990

YOKA P., « Arbitrage des litiges administratifs : un printemps en automne », JCP Adm, 2010, spé. n°1, p.2334

ZENATI-CASTAING F., « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », D., 2007, p. 1553

IV. Notes et Observations

ARNALDEZ J.-J., *Rev. arb.*, 1997, p.67, note sous Civ. 1^e, 6 mars 1996, pourvoi n° 94-13.092, *Bull I*, n° 115

BARBIER H., *RTD civ.*, 2015, p. 612 obs. sur Paris, 31 mars 2015, *Banque Delubac c/ X*

BELLET P., *Rev. arb.*, 1985, p. 285, note sous Paris, 15 mars 1984

BELLOC C., *Rev. arb.*, 2003, p. 445, note sous Paris, 28 novembre 2002

BENSAUDE D., *Rev. arb.*, 2003, p. 143, note sous Paris, 11 avril 2002

BENSAUDE D., *Gazette du palais*, 28-30 avril 2013, p. 17, obs. sur Paris, 15 janv. 2013, n° 11/03911, *Yukos Capital*

BOLLEE S., *RFDA*, 2000, p. 1254 et s., note sous CEDH, 28 oct. 1999, *Zielinski, Pradal, Gonzalez et autres c/ France*, requête n° 24846/94 et 34165/96

BORGHETTI J.-S., note sous Civ. 1^e, 15 janvier 2014 et Paris, 31 mars 2015, *Rev. arb.*, 2016

BOURSIER M.-E., *Rev. arb.*, 2003, p. 171 et s., note sous Paris, 12 septembre 2002

BOLZE A., « Motivation des jugements et impartialité du juge », *Dalloz actualité*, 28 janvier 2019, obs. sur Civ. 1^e, 19 décembre 2018, n° 17-22.056

BUCHER C.-E., « Le principe du « non-cumul » des responsabilités à l'épreuve de la rupture brutale d'une relation commerciale établie », *L'essentiel du droit de la distribution et de la concurrence*, 2019, p. 5, note sur Com., 27 mars 2019, pourvoi n° 16-24.630

CASSON P., « La responsabilité civile délictuelle de l'arbitre qui ne l'était pas », *JCP G*, 2018, p. 1251, note sur Civ. 1^e, 28 mars 2018, n° 15-16.909

CHABOT G., *JCP E*, 2006, p. 1284, note sur Civ. 1^e, 6 décembre 2005, pourvoi n° 03-13.116

CHAINAIS C., *Rev. arb.*, 2007, p. 933, note sous Paris, 29 novembre 2007

CLAY T., « Le dilatoire ne paie plus, il coute », *D.*, 2003, p. 2479, note sous Paris, 13 février 2003

CLAY T., *JCP G*, 2006, II, 10666, note sur Civ. 1^e, 6 décembre 2005, pourvoi n° 03-13.116

CLAY T., *Rev. Arb.*, 2009, p. 186, note sous Paris, 12 février 2009

CLAY T., *D.* 2010, p. 2933, obs. sur Paris, 9 septembre 2010 (notamment)

CLAY T., *D.*, 2010, p. 2938, note sous Civ. 1^e, 20 octobre 2010, pourvoi n° 09-68.997, *Bull I*, n° 204

CLAY T., *Les cahiers de l'arbitrage*, 1^{er} octobre 2011, p. 1109, note Reims, 2 novembre 2011, *Tecnimont*, RG 10/02888

CLAY T., *D.*, 2012. Pan. 2991, note sous Civ. 1^e, 10 octobre 2012, pourvoi n° 11-20.299

CLAY T., *D.* 2015, p. 2588, obs. sur Paris, 31 mars 2015, *Banque Delubac c/ X*

COHEN D., *Rev. arb.*, 2011, p. 671, note sous Civ. 1^e, 20 octobre 2010, pourvoi n° 09-68.997, *Bull I*, n° 204

DANIS M., « Nécessité du respect du principe du contradictoire par les arbitres », *JCP E*, 2006, p. 2660, note sous Civ. 1^e, 14 mars 2006, n° 04-17.439

DANIS M., « Obligation de révélation et conséquence du défaut de sincérité de la déclaration d'indépendance », *Les cahiers de l'arbitrage*, 1^{er} janvier 2015, p. 95, note sous Civ. 1^e, 18 décembre 2014, pourvoi n° 14-11085

DARSONVILLE A., « Impartialité et juge des libertés et de la détention », *Dalloz actualité*, 21 juin 2007, obs. sur Crim., 16 mai 2007, pourvoi n° 06-87.347, *Bull Crim.*, n° 128

DE BOISSESON M., *Rev. arb.*, 1990, p. 880, note sous Paris, 6 avril 1990, *Société Philipp Brothers c/ Société Icco et autres*

DELPECH X., *D.*, 2010, Act. 2589, note sous Civ. 1^e, 20 octobre 2010, pourvoi n° 09-68.997, *Bull I*, n° 204

DELPECH X., *D.*, 2012. Act. 2458, note Civ. 1^e, 10 octobre 2012, pourvoi n° 11-20.299

DEMOGUE R., *S.* 1924, 1, 105, obs. sous Civ., 11 janvier 1922, *Pelletier c. Doderet*

DONNAT F., CASAS D., *AJDA* 2002, p. 596, obs. sur CE, 28 juin 2002, *Magiera*, n° 239575

DRAGO R., *JCP*, 1975, II, 17967, note sous CE, 4 octobre 1974, *Dame David*

DUBARRY J.-C., LOQUIN E., « Arbitrage. Principe de la contradiction. Communication de pièces après la date de clôture des débats, Prise en considération par les arbitres », *RTD. Com*, 1992, p. 589, note sous Paris, 10 novembre 1989, *Ganen c/ Ajalbert et autres*, Paris, 25 janvier 1991, *Société Baste c/ Soc. Coathalem*, Paris, 31 janvier 1991, *Lemonier et autres c/ Soc. Cerus*

DUCLERQ C., *JCP*, 2015, p. 582, note sous Civ. 1^e, 18 mars 2015, pourvoi n° 13-22.391

DUPREY P., *Rev. arb.*, 2009, p. 360, note sous Paris, 9 octobre 2008, *Société La Marocaine des loisirs c/ société France Quick*

DUPREY P., FOUCHARD C., *Rev. Arb.*, 2010, p. 82, note sous Paris, 15 avril 2010

ESMAIN P., *D.* 1962, jurispr. p. 146, note sur Civ. 1^e, 7 novembre 1961

FLECHEUX G., *Rev. arb.*, 1974, p. 17, note sous Paris, 5 avril 1973

FLECHEUX G., *Rev. arb.*, 1986, p. 583, note sous Paris, 18 février 1986

FOUCHARD P., note sous Com., 9 juillet 1974, *Rev. arb.*, 1976. spé. p.107

FRICERO N., *Procédures*, 2011, n° 93, note sous CEDH 20 janvier 2011, *Vernes c/ France*

GAILLARD E., *Rev. arb.*, 1995, p. 88 note sous Civ. 1^e, 15 juin 1994, n° 92-17.075

GAILLARD E., *Rev. arb.*, 1995, p. 88 note sous Civ. 1^e, 15 juin 1994, n° 92-17.075

GARAUD J.-Y., DE RANCOURT G., *Rev. arb.*, 2017, p. 977, note sur TGI Paris, 22 mai 2017.

GENEVOIS B., « L'application du principe d'impartialité, À propos de la décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012 », *Revue juridique de l'économie publique*, 2013, n° 704, étude 2, p. 10 et s., obs. sur Cons. Constit., 12 octobre 2012, décision n° 2012-280 QPC.

GRANDJEAN P., *Rev. Arb.*, 2000, p. 229, note sur Paris, 28 octobre 1999

GUERLIN G., « La Cour de cassation précise la portée du principe de non-cumul des responsabilités », *L'essentiel droit des contrats*, 2010, p. 7, note sur Com., 13 juillet 2010, pourvoi n° 09-14.985

GUILLAUME J., *Journal du droit international (Clunet)*, 2019, n° 1, p. 8, obs. sur CEDH 2 octobre 2018, requête n°40575/10 et 67474/10, §175

HASCHER D., *Rev. arb.*, 1993, p. 255, note sous Paris, 12 février 1993

HENRY M., *Les cahiers de l'arbitrage*, 2015, p. 313, obs. sur Paris, 31 mars 2015, *Banque Delubac c/ X*

HENRY M., *Rev. arb.*, 2015, p. 151, note sous Paris, 14 octobre 2014

HENRY M., *Rev. arb.*, 2016, p. 536, note sous Civ. 1^e, 16 décembre 2015, n° 14-26.279

JAEGER L., *Rev. arb.*, 2004, p. 369, note sous Paris, 16 janvier 2003

JARROSSON C., *Rev. arb.* 1991, p. 75, note sous Civ. 2^e, 14 novembre 1990, pourvoi n° 89-13.355, *Bull II*, n° 230

JARROSSON C., *Rev. arb.*, 1993, p. 303, note sous Paris, 9 juillet 1992

JARROSSON C., *Rev. arb.*, 1994, p. 391, note sous Paris, 25 mars 1994

JARROSSON C., *Rev. arb.* 2006, p. 126, note sur Civ. 1^e, 6 décembre 2005, pourvoi n° 03-13.116

JARROSSON C., *Rev. arb.*, 2013, p. 129, note sous Civ. 1^e, 10 octobre 2012, pourvoi n° 11-20.299

JEAN J.-P., PAULIAT H., « Primes modulables, qualité et indépendance de la justice », *D.*, 2005, p. 2717, note sous CE, 4 février 2005, n° 264843

JULIEN P., FRICERO N., *D.* 2006, p. 545, obs. sur Civ. 1^e, 7 juin 2005, pourvoi n° 05-60.044.

KEBIR M., « Motivation du jugement : exigence d'impartialité dans l'exposé des moyens et prétentions », *Gazette du palais*, 23 avril 2019, p. 68, note sous Civ. 1^e, 19 décembre 2018, n° 17-22.056

LATINA M., « Le principe du non-cumul des responsabilités est bien vivant », *L'essentiel droit des contrats*, septembre 2012, p. 5, note sur Civ. 1^e, 28 juin 2012, n° 10-28.492

LE BARS B., « Tension entre secret du délibéré et obligation de motivation : la sentence signée par les trois arbitres vaut présomption de majorité », *JCP G*, 2015, p. 466, note sous Civ. 1^e, 1 avril 2015, n° 14-13.202

LE BARS B., JUVENA J. L., « La révélation d'un courant d'affaires : comment apprécier l'indépendance de l'arbitre », *JCP*, 2010, II, 1306, note sous Civ. 1^e, 20 octobre 2010, pourvoi n° 09-68.997, *Bull I*, n° 204

LEGROS C., *Rev. arb.*, 2001, p. 559, note sous Paris, 25 octobre 2000 et 24 mai 2000

- LEGROS C., *Rev. Arb.*, 2003, p. 427, note sous Paris, 27 juin 2002
- LEURENT B., Note sous CA (1^{re} Ch. C), 28 octobre 1997 ; Société Procédés de préfabrication pour le béton c/ Libye, *Rev. arb.*, 1998, p.400
- LEVEL P., *JCP*, 1973, II, 17502, note sous Paris, 5 avril 1973
- LEVENEUR L., « Rappel de la règle du non-cumul entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle », *Contrats, concurrence et consommation*, 2002, n°7, comm. 106, obs. sous Civ. 1^e, 19 mars 2002, pourvoi n° 00-13.971
- LEVENEUR L., « Violation de la clause : des dommages et intérêts sont-ils dus nonobstant l'absence de préjudice ? », *Contrats Concurrence Consommation*, n°10, octobre 2017
- LIBCHABER R., *Rev. arb.*, 2005, p. 686 et s., note sous Paris, 30 juin 2005.
- LIBCHABER R., « Obligations, protection du consommateur, responsabilité notariale », *Defrénois*, 2008, p. 712, note sous Civ. 3^e, 7 mai 2008, n° 07-11.792
- LIENHARD A., « Expert de l'article 1843-4 du code civil : irrecevabilité d'une QPC », *Dalloz Actualité*, 4 juillet 2011, obs. sur Com., 28 juin 2011, n° 11-40.030, *Bull IV*, n° 111
- LOQUIN E., *Rev. arb.*, 1989, p. 83, note sous Paris, 6 mai 1988
- LOQUIN E., « La compétence territoriale de la cour d'appel saisie d'un recours en annulation de la sentence arbitrale. Le devoir des arbitres amiables compositeurs », *D.*, 1996, p. 351 et s., note sous Paris, 11 janvier 1996
- LOQUIN E., « Le principe du contradictoire en matière d'arbitrage », *RTD Com.*, 2000, p. 337, note sous Versailles 27 mai 1999
- LOQUIN E., *RTD com.* 2002, p. 664, note sur Civ. 1^e, 19 mars 2002, pourvoi n° 99-19.878
- LOQUIN E., *Rev. arb.*, 2004, p. 646 et s., note sous Paris, 22 janvier 2004
- LOQUIN E., *RTD com.* 2006, p. 299, note sur Civ. 1^e, 6 décembre 2005, pourvoi n° 03-13.116
- LOQUIN E., *RTD com.*, 2012, p. 518, note sous Civ. 1^e, 20 octobre 2010, pourvoi n° 09-68.997, *Bull I*, n° 204
- LOQUIN E., « La discussion contradictoire des moyens nécessairement dans la cause », *RTD com.*, 2013, p. 485, note sous Civ 1^e, 26 juin 2013, pourvoi n° 12-16.224
- LOQUIN E., *RTD Com.*, 2015, p. 53, obs. sur Civ. 1^e, 18 décembre 2014 pourvoi n° 14-11.085
- LOQUIN E., « La responsabilité des arbitres pour dépérissement du délai d'arbitrage », *RTD com.*, 2016, p. 76, note sur Paris, 31 mars 2015, *Banque Delubac c/ X*
- MAYER P., « De l'exclusion de l'arbitrage du champ d'application de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 », *RCDIP*, 1993, p. 310, note sous CJCE, 25 juillet 1991, affaire C-190/89
- MELIN F., « Indépendance des juges et mesures de baisse des salaires : position de la CJUE », *Dalloz actualité*, 22 mars 2018, obs. sur CJUE, 27 février 2018, C-64/16.

NAST M., *RDIP* 1907, p. 398, note sous T. civ. Seine, 27 décembre 1906, Del Drago

NORMAND J., *RTD civ.* 1975, p. 355, obs. sur CE, 4 octobre 1974, *Dame David*

OPPETIT B., « Contrôle du juge sur le droit appliqué par l'arbitre », *RCDIP*, 1992, p. 113, note sous Civ. 1^e, 22 octobre 1991, pourvoi n° 89-21.528, *Bull I*, n° 275

ORTSCHEIDT J., *JCP*, 2013, Doctr. 784, § 6, obs. sur Paris, 15 janv. 2013, n° 11/03911, *Yukos Capital*

PAILLUSSEAU J., *JCP E*, 2006, p. 1395, obs. sous sur Civ. 1^e, 6 décembre 2005, pourvoi n° 03-13.116

PERROT R., « La loyauté procédurale », *RTD civ.*, 2006, p. 151, obs. sur Civ. 1^e, 7 juin 2005, pourvoi n° 05-60.044

PILLEBOUT L-M., *Rev. arb.*, 2008, p. 487 et s., note sous Paris, 31 janvier 2008

RACINE J.-B., *Rev. arb.*, 2017, note sous Paris, 10 mai 2016, *Mutuelle Centre de Gestion Mutualise partage – CGMP et autres c/ Mutuelle nationale des personnels Air France “MNPAF”*, p. 221 et s.

REMY P., « Clause de fixation par un expert ; application de l'article 1592 du Code civil ; distinction du mandat, de l'expertise et de l'arbitrage », *RTD civ.* 1991, p. 356, note sous Com., 26 juin 1990, n° 88-14.444, *Bull. IV*, n° 197

ROBERT J., *Rev. arb.*, 1979, p. 241, note sous Civ. 2^e, 17 juillet 1978

RUBELLIN-DEVICCHI J., *Rev. arb.*, 1973, p. 38, note sous Paris, 8 juin 1972.

SERAGLINI C., « Du contrôle de l'impartialité et de l'indépendance d'un centre d'arbitrage », *RCDIP*, 2002, p. 124 et s., note sous Civ. 1^e, 20 février 2001, pourvoi n° 99-12.574, *Bull I*, n° 39

SERAGLINI C., *JCP G*, 2003, I, 164, n°3, obs. sous Paris, 28 novembre 2002

SERAGLINI C., *JCP G*, 2006, I, 148, n° 2, obs. sous Civ. 1^e, 6 décembre 2005, pourvoi n° 03-13.116

SERAGLINI C., *JCP*, 2010, I, 1286 § 1^{er}, note sous Civ. 1^e, 20 octobre 2010, pourvoi n° 09-68.997, *Bull I*, n° 204

SERINET Y.-M., « Les très strictes conditions de l'amiable composition judiciaire », *JCP G*, 1997, II, 22835, note sous Soc., 20 mars 1996, pourvoi n° 93-19.471, *Bull V*, n° 104

SUDRE F., « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G*, 2011, n° 4, doct. 94, spé. n° 5, obs. sur CEDH, 23 nov. 2010, *Moulin c/ France*

THERY P., *RTD civ.* 2011, p. 385, note sous Com., 16 février 2010, n° 09-11.586 et sous Civ. 1^e, 15 décembre 2010, pourvoi n° 09-16.943

TRAIN F.-X., *Rev. Arb.*, 2005, p. 143, note sous Paris, 4 mars 2004

TRAIN F.-X., *RLDC* 2006, p. 14, obs. sous sur Civ. 1^e, 6 décembre 2005, pourvoi n° 03-13.116

WEILLER L., *Procédures*, 2015, 85, obs. sur Civ. 1^e, 18 décembre 2014 pourvoi n° 14-11.085

V. Jurisprudence

Ch. Réunies, 15 juin 1833 : S. 1833, 1, p.458 concl. Dupin

CA Paris, 10 décembre 1901, *Clunet*, 1902, *D.*, p.314

Req., 22 février 1910, S. 1910. 1. 448 Civ. 31 juillet 1912, DP 1914. 1. 144.

Civ. 10 mars 1948, *Bull. I*, n° 83

Civ. 29 novembre 1948, *D.*, 1949, 117, note H. LALOU

Civ. 1^e, 13 octobre 1953, *Bull I*, n°224

Civ. 2^e, 17 février 1955, n°55-02.810, *Bull II*, n°100

Civ. 1^e, 7 octobre 1958, *D.*, 1958, 763

CEDH, 30 juin 1959, *Szwabowicz c/ Suède*, Annuaire II, p.535

Civ. 1^e, 19 octobre 1959, *Bull I*, n°416

CA Paris, 19 mars 1962, *Rev. arb.*, 1963, p.139

Civ. 1^e, 30 octobre 1962, *Bull I*, n°449

Civ. 1^e, 7 mai 1963, *Bull I*, n°246

Civ. 2^e, 31 mars 1965, n°64-10.046

Civ. 1^e, 15 février 1967, *Bull. I*, n°66

CEDH, 16 juillet 1968, *Struppart c/ RFA*, requête n°2804/66

Civ. 1^e, 16 octobre 1968, *Bull I*, n°239

Civ. 1^e, 4 février 1969, *Bull I*, n°60

Civ. 2^e, 4 mars 1970, 4 arrêts, n° 67-11.136, n° 62-12.124, n° 68-13.424, n° 68-10.835, *Bull. II*, n° 76 à n°80

Civ. 3^e, 29 octobre 1970, *Bull III*, n°553

Ch Mixte, 26 mars 1971, n°68-13.407, *Bull Mixte*, n°6

Civ. 2^e, 13 avril 1972, n°70-12.774, *Bull II*, n°91

Civ. 1^e, 3 mai 1972, *Bull I*, n°117 Civ. 1^e, 4 juillet 1972, n°70-14.163, *Bull I*, n°175

Civ. 3^e, 5 décembre 1972, n°71-13.818, *Bull II*, n°651

Civ. 1^e, 20 février 1973, *Bull I*, n°67

CA Paris, 5 avril 1973, *JCP*, 1973, II, 17502, note P. LEVEL ; *Rev. arb.*, 1974, p.17, note G. FLECHEUX

Com., 9 juillet 1974, n°73-12.679, *Bull V*, n°223

Civ. 2^e, 18 mars 1975, n°74-11.779, *Bull II*, n°95

Civ. 1^e, 22 octobre 1975, n°04-13.217, *Bull I*, n°290

CA Paris, 13 décembre 1975, note E. LOQUIN, *JDI* 1977, p.107

CA Paris 28 avril 1976, *Rev. arb.*, 1977, p.151, note M. BOITARD

Civ. 1^e, 1^{er} juin 1976, n°75-11.611 et n°75-11.976, *Bull I*, n°208

Civ. 3^e, 11 juin 1976, n°75-10.491, *Bull III*, n°260

Soc., 11 janvier 1978, n°76-41.264, *Bull V*, n°29

Civ. 1^e, 11 octobre 1978, *Bull I*, n°299

Civ. 1^e, 13 janvier 1980, n°79-10.693, *Bull I*, n°11

Civ. 1^e, 18 mars 1980, *Rev. arb.*, 1980, p.496, note E. METZGER

Civ. 1^e, 18 janvier 1984, n°82-15.103, *Bull. I*, n°27

Civ. 1^e, 17 décembre 1985, n°84-16.338, *Bull I*, n°354

CA Paris, 18 février 1986, *Rev. arb.*, 1986, p.583, note G. FLECHEUX

Conseil Constitutionnel, 17 janvier 1989, n°88-248 DC

Com., 7 avril 1987, n°85-11.225, *Bull IV*, n°86

Crim., 20 octobre 1987, n°87-84.729, *Bull Crim.*, n°356

CA Paris 26 janvier 1988, *Rev. arb.*, 1988, C. JARROSSON

CA Paris, 2 juin 1989, deux arrêts : *Société T.A.I., E.S.W. et I.E.C. c/ sociétés S.I.A.P.E. et Engrais de Gabès, Me Lafont ès qualité et Société Gemanco c. sociétés S.A.E.P.A. et S.I.A.P.E.*, *Rev. arb.*, 1991, p.87.

CA Paris, 13 juillet 1989 *Compania Valenciana*, *Rev.arb.*, 1990, p.663. note P. LAGARDE

Civ. 1^e, 10 juin 1989, n°97-11.780

Soc. 21 mars 1990, n°88-41.870, *Bull V*, n°140

Com., 9 mai 1990, n°88-17.687, *Bull. IV*, n°142

CA Paris, 6 avril 1990, *Société Philipp Brothers c/ Société Icco et autres*, *Rev. arb.*, 1990, p.880, note M. DE BOISSESON).

Soc., 16 mai 1990, n°88-41.565, *Bull. V*, n°218

CE, 4 juillet 1990, *Sté d'assurance "Le Sou médical" c/ Centre hospitalier général de Gap, Lebon*, tables p.841

Soc., 29 novembre 1990, n°88-40.618, *Bull. V*, n°599

CA Paris, 22 mai 1991, n°90-18.079

CA Paris, 28 juin 1991, *KFTCICI c/ Icori Estero*, *Rev. arb.*, 1992, p. 568 ;

CJCE, 25 juillet 1991, aff. C-190-8

Civ. 1^e, 7 janvier 1992, *Rev. arb.*, 1992, p.470, note P. BELLET

CA Paris, 9 avril 1992, *Société Annahold BV et D. Frydman c/ société L'Oréal et M*

CA Paris, 9 juillet 1992, *Rev. arb.*, 1993, p.303, note C. JARROSSON

Civ. 1^e, 16 décembre 1992, n°92-01.00

TGI Paris, 9 décembre 1992, *Société Annahold BV et D. Frydman c/ société L'Oréal et B*

CEDH, 23 juin 1993, *Ruiz Matéos c/ Espagne*, requête n°12952/87 TGI PARIS, 12 mai 1993, *Rev. arb.*, 1996, spé. p.411

Civ. 1^e, 9 mars 1994, n°91-17459 et n°91-17464, *Bull I*, n°91

CA Paris, 25 mars 1994, *Rev. arb.*, 1994, p.91, note C. JARROSSON

CEDH 22 septembre 1994, *Hentrich c/ France*, requête n°13616/88

Civ. 2^e, 26 octobre 1994, n°92-17.736

Civ. 1^e, 28 mars 1995, n°93-10.894, *Bull I*, n°146

Civ. 1^e, 10 mai 1995, n°93-17.306, *Bull I*, n°202

Civ. 2^e, 21 juin 1995, n°93-21.757

CA Paris, 12 octobre 1995, *Merkoria Sucden c/ société Raoul Duval*, *Rev. arb.*, 1999, p.324

Civ. 1^e, 30 octobre 1995, n°93-20.544, *Bull I*, n°383

CA Paris, 10 novembre 1995, *Rev. arb.* 1997, p.596

Civ. 1^e, 26 mars 1996, n°94-12.228, *Bull I*, n°154

Civ. 2^e, 2 avril 1997, n°95_14.428, *Bull II*, n°112

Civ. 1^e, 4 juin 1996, n°96-01.002 CA Paris, 7 novembre 1996, », *Rev. Arb.*, 1997, p.185

CEDH, 23 octobre 1996, *Ankerl c/ Suisse*, requête n°17748/9

Civ. 2^e, 9 juillet 1997, n°95-20.854, *Bull II*, n°228

Civ. 1^e, 17 mars 1998, n°96-13.972, *Bull I*, n°120

Civ. 2^e, 1^{er} avril 1998, n°95-10.804, *Bull I*, n°119

CA Versailles, 26 mars 1998, n°1997-4224

Civ. 1^e, 3 juin 1998, n°95-16.887

Civ. 3^e, 10 juin 1998, n°96-20.480

Civ. 2^e, 23 septembre 1998, n° 96-22.526

Civ. 1^e, 16 mars 1999, *Bull I*, n°88

CA Versailles, 27 mai 1999, *RTD Com.*, 2000, p.337, note E. LOQUIN

CA Paris, 28 octobre 1999, *Rev. Arb.*, 2000, p.229, note P. GRANDJEAN

Civ. 1^e, novembre 1999, n°98-02.004, *Bull I*, n°310

Civ. 1^e, 17 novembre 1999, n°98-02.005

Com., 22 février 2000, n°98-18.728

CE n°44/2001 du 22 décembre 2000

Civ. 1^e, 23 janvier 2001, n°00-02.002

AP, 23 février 2001, n°99-16.165, *Bull AP*, n°5

CA Paris, 14 juin 2001, *Rev. arb.* 2001, p.701 note C. SERAGLINI

Com., 17 juillet 2001, 98-15.678

Civ. 2^e, 6 décembre 2001 n°00-10.711

Civ. 3^e, 30 janvier 2002, n°00-15.784, *Bull III*, n°17

CA Paris, 7 février 2002, *SA Alfac c/ Sté Irmac Importacao*, *Rev. arb.*, note F. FOUCHARD

CA Paris, 11 avril 2002, *Rev. arb.*, 2003, p. 143, note D. BENSUAUDE ;

CA Paris, 27 juin 2002, *Rev. arb.*, 2003, p.427, note C. LEGROS)

CE, 28 juin 2002, *Magiera*, n°239575

Com., 9 juillet 2002, n°01-01.750

CA Paris, 12 septembre 2002, *Macron et International Display Design c/ Société des Cartonnages de Pamfou*, *Rev. arb.*, 2003, p. 171 et s..

CA Paris, 28 novembre 2002, *Rev. arb.*, 2003, p.445 note C. BELLOC ; *JCP G*, 2003, I, p.164, n°3, obs. C. SERAGLINI

CA Paris, 16 janvier 2003, *Rev. arb.*, 2004, p.369

CA Paris, 26 septembre 2003, *D.*, 2004, note H. KENFACK

Civ. 3^e, 3 décembre 2003, n°02-18.033, *Bull III*, n°221

CA Paris, 29 janvier 2004, *JCP G* 2004, I, 179, n°5, note C. SERAGLINI

CA Paris, 22 janvier 2004, *Rev. arb.*, 2004, p.646 et s., note E. LOQUIN.

Civ. 2^e, 10 mars 2004, n°01-15.725, *Bull II*, n°107

CA, Nancy, 16 mars 2004, *JurisData* n°2004-264102

CA Paris, 18 novembre 2004, *SA Thalès Air Défense c/ GIE Euromissile*

Civ. 2^e, 16 décembre 2004, n°03-15.595

CA Paris, 17 février 2005, *Rev arb.*, 2005, note M.HENRY

CA Paris, 24 mars 2005, *OMVS c/ Société Acciona*, *Rev. arb.*, 2005, p.791

Ch. mixte, 22 avril 2005, 03-14.112, *Bull. mixt.*, n°4

Civ. 1^e, 10 mai 2005, n°02-15.910, *Bull I*, n°201

EDH, 28 juin 2005, *Fourchon c/ France*, requête n°60145/00, § 22

CA Paris, 30 juin 2005, *Pilliod c/ société Econosto International Holding*, *Rev. arb.*, 2005, p.686 et s., note R. LIBCHABER

Conseil Constitutionnel, 22 juillet 2005, n°2005-522 DC, n°10

CEDH, 8 novembre 2005, *Géniteau c/ France*, requête n°4069/02, § 13

Civ. 1^e, 6 décembre 2005, n°03-13.116, *Bull I*, n°462

CA Paris, 18 mai 2006, *Rev. arb.*, 2006, p.857

Com., 30 mai 2006, n°04-14.974

Civ. 1^e, 4 juillet 2006, n°05-11.591, *Bull I*, n°337

Com., 6 février 2007, n°04-13.178, *Bull V*, n°21

Com., 13 février 2007, n°05-17.407

CEDH, 15 février 2007, *Bock et Palade c/ Roumanie*, requête n°21740/02, § 69 CEDH, 15 février 2007, *Boldea c/ Roumanie*, requête n°19997/02, § 23

Civ. 1^e, 6 mars 2007, n°04-16.204, *Bull I*, n°91

CEDH, 10 mai 2007, *Mehmet Ali Miçoogullari c/ Turquie*, requête n°75606/01, § 34

CEDH, 10 mai 2007, *Adil Özdemir c/ Turquie*, requête n°36531/02, § 34

Civ. 1^e, 31 mai 2007, n°05-19.978, *Bull I*, n°212

CA Paris, 14 juin 2007, n°05-22672

CEDH, 28 juin 2007, *Wagner ET J.M.W.L. c/ Luxembourg*, requête n°76240/01, § 90

Civ. 1^e, 29 juin 2007, n°05-18.053, *Bull I*, n°250

CEDH, 26 juillet 2007, *Pieri c/ France*, requête n°7091/04, § 13

CA, Paris, 21 septembre 2007, JurisData n°2007-342111

CEDH, 27 septembre 2007, *Sogia Hellas c/ Grèce*, requête n°1989/05, § 21

CEDH, 27 septembre 2007, *Raspoztis c/ Grèce*, requête n°1262/05, § 23

CEDH, 22 novembre 2007, *S.C.I. Plélo-Cadiou c/ France*, requête n°12876/04, § 29

CA Paris, 29 novembre 2007, *Rev. arb.*, 2007, p.933, note C. CHAINAIS

Com. 23 octobre 2007, n°06-21.388

CEDH, 6 décembre 2007, *De Franchis c/ France*, requête n°15589/05, § 26

Civ. 1^e, 17 janvier 2008, n°06-20.107, *Bull I*, n°14

CA, Dijon, 29 janvier 2008, JurisData n°2008-355413

CA Paris, 31 janvier 2008, *Rev. arb.*, 2008, p. 487 et s., note L.-M. PILLEBOUT

CEDH, 7 février 2008, *Arsenovici c/ Roumanie*, requête n°77210/01, § 49

Civ. 1^e, 13 mars 2008, n°05-12.551

CEDH, 22 mai 2008, *Tsilira c/ Grèce*, requête n°44035/05, § 25

CA Paris, 9 octobre 2008, *Société La Marocaine des loisirs c/ société France Quick*, *Rev. arb.*, 2009, obs. P. DUPREY

Civ. 1^e, 22 octobre 2008, n°07-15.823, *Bull I*, n°233

CA Paris, 27 novembre 2008, Société GFI informatique SA c/ société Engineering Ingegneria Informatica SPA et autres, *Rev. arb.*, 2009, p. 229

CEDH, *Taxquet c/ Belgique*, 13 janvier 2009, requête n°926/05

CA Paris, 22 janvier 2009, n°07-19492

CA Paris, 12 février 2009, *Rev. arb.*, 2009, p.186, note T. CLAY

Cv. 1^e, 25 mars 2009, n°07-15.575, *Bull I*, n°65

Civ. 2^e, 9 avril 2009, n°08-15.867

CJCE, 23 avril 2009, affaire n°C-533/07

Civ. 1^e, 4 juin 2009, n°08-16.480, *Bull I*, n°114

Civ. 2^e, 25 juin 2009, n°08-12.444).

Civ. 1^e, 8 juillet 2009, n°08-16.025, *Bull I*, n°165

Civ. 2^e, 8 octobre 2009, n°08-14.636

Civ. 2^e, 18 février 2010, n°08-19.0444

CA Paris, 15 avril 2010, *Rev. Arb.*, 2010, p.82, note P. DUPREY et C. FOUCHARD

Crim., 4 mai 2010, n°10-80.983

Civ. 3^e, 11 mai 2010, n°09-11.334

Com., 29 juin 2010, n°09-11.841, *Bull IV*, n°115

Civ. 1^e, 8 juillet 2010, n°07-17.788, *Bull I*, n°161

Civ. 2^e, 8 juillet 2010, n°09-14.557

CA Paris, 9 septembre 2010, Société Marriott International Hotels Inc. c/ société Jnah Developpement SA, *Rev. Arb.*, 2011, p.970

TGI Paris, 22 septembre 2010, n°10-10068

Civ. 1^e, 14 octobre 2010, n°09-69.928, *Bull I*, n°197

Civ. 1^e, 17 novembre 2010, n°09-12.352, *Bull I*, n°223

CA Paris, 6 janvier 2011, n°10-20243

Civ. 2^e, 17 février 2011, n°10-30.439

CA Paris, 10 mars 2011, *Tecso c/ Neoelectra Group*, n°09-28537, *Les cahiers de l'arbitrage*, 2011, p.787, note M. HENRY

CA Paris, 11 mars 2011, *Les cahiers de l'arbitrage*, 2011, p.787, note M. HENRY

Soc., 30 mars 2011, n°09-69.515

CA Paris, 31 mars 2011, n°09-22701

Civ. 1^e, 28 avril 2011, n°10-15.056

Civ. 1^e, 23 juin 2011, n°10-11.539

Civ. 2^e, 30 juin 2011, n°10-23.004, *Bull I*, n°145

Civ. 1^e, 12 octobre 2011, n° 09-72.439, *Bull II*, n°164

CA Reims, 2 novembre 2011, *Tecnimont*, n°10-02888, *Les cahiers de l'arbitrage*, 2011, p.1109, note T. CLAY.

CA Paris, 24 janvier 2012, n°10-1324

Com., 15 mai 2012, n°11-10.278, *Bull IV*, n°101

CA Paris, 10 octobre 2012, n°10-24188

Civ. 1^e, 10 octobre 2012, n°11-20.299

Civ. 1^e, 31 octobre 2012, n°11-26.522

CA Paris, 5 décembre 2012, n°10-24337

CA Paris, 23 janvier 2013, n°11-05232

Civ. 3^e, 13 février 2013, n°11-26.542

CA Paris, 26 février 2013, n°12-12953

CA Paris, 6 mars 2013, n°11-16214

Civ. 1^e, 28 mars 2013, n°11-27.770, *Bull I*, n°59

Civ. 1^e, 12 juin 2013, n°12-22.656, *Bull I*, n°121

Civ. 3^e, 12 juin 2013, n°11-12.283

CA Paris, 18 juin 2013, n°12-00480

Civ. 1^e, 2 octobre 2013, n°12-26.975

Civ. 1^e, 2 octobre 2013, n°12-19.887

Civ. 1^e, 15 janvier 2014, n°11-17.196, *Bull I*, n°1

Civ. 3^e, 28 janvier 2014, n°12-28.781

Com., 27 mai 2014, n°12-28.657, *Bull IV*, n°92

CA Paris, 14 octobre 2014, *rev. arb.*, 2016, p.151 note M. HENRY

Civ. 1^e, 29 octobre 2014, n°13-21.980, *Bull I*, n°180

Civ. 1^e, 18 février 2015, n°13-26.092

CA Paris, 24 février 2015, *Gazette du palais*, 20 juin 2015, p.23, note D. BENSUAUDE

CA Paris, 31 mars 2015, *Banque Delubac c/ X*, n°14-05436, *RTD Com.*, 2016, p.76, note E. LOQUIN ; *D.*, 2015, p.2588 obs. T. CLAY ; *RTD Civ.*, 2015, p.612 obs. H. BARBIER ; *Les cahiers de l'arbitrage*, 2015, p.313, obs. M. HENRY

Civ. 1^e, 16 avril 2015, n°14-13.440, *Bull I*, n°101

Civ. 1^e, 8 juillet 2015, n°13-25.846, *Bull I*, n° 17

Civ. 1^e, 7 octobre 2015, n°14-16.898, *Bull I*, n°837

Soc., 22 octobre 2015, n°14-11.291, *Bull. V*, n°358

Civ. 1^e, 4 novembre 2015, n°14-22.630, *Bull I*, n°411

Civ. 1^e, 16 décembre 2015, n°14-26.279

CA Paris, 10 mai 2016, *Mutuelle Centre de Gestion Mutualise partage – CGMP et autres c/ Mutuelle nationale des personnels Air France “MNPAF”*, *Rev. arb.*, 2017, p.221 et s., note J.-B. RACINE

Civ. 1^e, 11 mai 2016, n°15-10.818

Civ. 3^e, 19 mai 2016, n°15-14.673

Com., 31 mai 2016, n°14-29.976

Civ. 3^e, 2 juin 2016, n°15-16.967, *Bull III*, n°73

Civ. 1^e, 13 juillet 2016, n°15-19.389, *Bull I*, n°159

Soc., 5 octobre 2016, n°15-16.944

Civ. 1^e, 9 novembre 2016, n°15-25.873, *Bull I*, n°212

Civ. 1^e, 1^{er} février 2017, n°15-25.687, *Bull I*, n°31

CA Paris, 21 février 2017, n°15-01650

Civ. 1^e, 22 février 2017, n°15-21.828

Civ. 1^e, 1^{er} mars 2017, n°16-12.498

Civ. 3^e, 9 mars 2017, n°15-13.938

Civ. 3^e, 16 mars 2017, n°15-12.384, *Bull III*, n°39

CA Paris, 21 mars 2017, *Ministère yéménite du pétrole et des minerai c/ société Alkor Petroo ltd et autre*

Civ. 3^e, 24 mars 2016, n°14-29.529

CA Paris, 28 mars 2017, n°15-17742

Com., 29 mars 2017, n°15-19.761

Civ. 1^e, 4 mai 2017, n°16-18.751

TGI Paris, 22 mai 2017, *Blowpack SARL c/ M. C. et autres*, n°14-14717

Civ. 2^e, 29 juin 2017, n°16-22.211 CA Paris, 30 janvier 2018, n°16-11761

Civ. 1^e, 5 juillet 2017, n°16-13.407

Com., 20 septembre 2017, n°16-20.905

Soc., 28 mars 2018, n°16-26.013, *Bull. V*, n°218

Civ. 3^e, 28 juin 2018, n°17-18.755 Civ. 3^e, 7 juin 2018, n°16-27.680, *Bull III*, n°60

Com., 13 juin 2018, n°16-25.543

Com., 27 juin 2018, n°17-14.283

Civ. 3^e, 28 juin 2018, n°17-18.755

Civ. 1^e, 5 septembre 2018, n°17-13.837

Civ. 1^e, 5 septembre 2018, n°17-22.530

Civ. 3^e, 6 septembre 2018, n°17-21.648

CA Paris, 11 septembre 2018, n°16-19913

Civ. 1^e, 17 octobre 2018, n°17-21.411

Civ. 1^e, 24 octobre 2018, n°17-16.916

CA Paris, 20 novembre 2018, n°16-10379

Civ. 1^e, 21 novembre 2018, n°17-21.237

Civ. 2^e, 17 janvier 2019, n°17-27.242
Civ. 3^e, 7 mars 2019, n°18-10.975
Com., 13 février 2019, n°17-14.785, *Bull IV*, n°80
Com., 20 mars 2019, n°17-25.627
Civ. 2^e, 28 mars 2019, n°18-15.829
CA Paris, 2 avril 2019, n°16-00136
Civ. 2^e, 18 avril 2019, n°17-31.050
Com., 7 mai 2019, n°18-11.128
Civ. 3^e, 9 mai 2019, n°18-13.670
CA Paris, 21 mai 2019, *Blowpack SARL c/ M. C. et autres*, n°17-12238
Civ. 2^e, 23 mai 2019, n°18-17.369
Soc., 13 juin 2019, n°17-31.232
Civ. 1^e, 11 juillet 2019, n°18-19.923
Civ. 1^e, 12 septembre 2019, n°18-12.408
Civ. 1^e, 3 octobre 2019, n°18-15.756
Com., 23 octobre 2019, n°18-15.330
Civ. 3^e, 28 novembre 2019, n°18-18.862
Civ. 2^e, 16 janvier 2020, n°19-14.821
Civ. 2^e, 6 février 2020, n°18-19.518, *Bull II*, n°21
Civ. 2^e, 6 février 2020, n°18-26.779
CA Paris, 25 février 2020, n°19-07575
Com., 11 mars 2020, n°18-22.472, *Bull IV*, n°289
Com., 11 mars 2020, n°19-11.742
Civ. 3^e, 12 mars 2020, n°19-10.458 Crim., 1^{er} avril 2020, n°18-85.623
Civ. 1^e, 13 mai 2020, n°18-24.850, *Bull I*, n°171
Civ. 3^e, 14 mai 2020, n°19-13.773
Civ. 2^e, 20 mai 2020, n°18-19.848

Civ. 2^e, 20 mai 2020, n°19-10.356 ; Soc., 18 mars 2020, n°18-14.233

Civ. 3^e, 28 mai 2020, n°18-24.401

Civ. 2^e, 28 mai 2020, n°19-11.815, *Bull II*, n°142

Civ. 2^e, 28 mai 2020, n°18-24.895

Civ. 1^e, 24 juin 2020, n°19-17.071

Civ. 1^e, 1^{er} juillet 2020, n°19-50.028

TJ Paris, 31 mars 2021, n°19-00795

PARTIE 1 :	22
L'IDENTIFICATION DU REGIME DE LA RESPONSABILITE DE L'ARBITRE	22
TITRE 1 : LA NATURE DE LA RESPONSABILITE DE L'ARBITRE	24
Chapitre 1 : La double nature de l'institution arbitrale	25
Section 1 : Le rejet des conceptions monistes de l'arbitrage	25
§1) Le rejet d'une conception purement contractuelle de l'arbitrage	25
A) Les arguments en faveur d'une conception purement contractuelle de l'arbitrage	26
1. La source conventionnelle de l'arbitrage.....	26
2. La nature prétendument conventionnelle de la sentence arbitrale.....	29
B) Les arguments en défaveur d'une conception purement contractuelle de l'arbitrage	34
1. La consécration de la nature juridictionnelle de la sentence arbitrale.....	34
2. L'impossible négation de la dimension juridictionnelle de l'arbitrage	36
a.L'importance du caractère juridictionnel de l'arbitrage dans les définitions de l'institution arbitrale	37
b.L'importance du caractère juridictionnel de l'arbitrage dans la distinction entre l'arbitrage et les notions voisines.	38
§2) Le rejet d'une conception purement juridictionnelle de l'arbitrage	45
A) Les arguments en faveur d'une conception purement juridictionnelle de l'arbitrage.....	45
1. L'assimilation prétendue de la justice arbitrale à la justice étatique	46
2. L'assimilation prétendue de l'arbitre au juge	50
a.La similarité prétendue des décisions rendues	50
b.La similarité prétendue des statuts du juge et de l'arbitre	51
B) Les arguments en défaveur d'une conception purement juridictionnelle de l'arbitrage.....	54
1. L'impossible assimilation de la justice arbitrale à la justice étatique	54
a.L'absence de délégation de pouvoir juridictionnel de l'État aux arbitres en droit interne	55
b.L'absence de délégation de pouvoir juridictionnel de l'État aux arbitres en droit européen.....	57
2. L'impossible assimilation totale de l'arbitre à un juge	62
a.Des décisions de nature différente	62
b.Des statuts différents.....	66
Section 2 : La consécration d'une conception dualiste de l'arbitrage	68
§1) La conception majoritairement dualiste de l'arbitrage en droit positif.....	69
A) La réception doctrinale de la nature duale de l'arbitrage.....	69
B) La réception légale de la nature duale de l'arbitrage.....	72
C) La réception jurisprudentielle de la nature duale de l'arbitrage.....	73
D) La réception pratique de la nature duale de l'arbitrage.....	75
§2) La critique minoritaire de la conception dualiste de l'arbitrage en doctrine	79
A) Les critiques de la doctrine dualiste	79
1. Les insuffisances supposées de la définition par référence.....	80
2. Le prétendu impact négatif de la conception dualiste sur le régime de l'arbitrage	81
B) La proposition d'une conception autonome de l'arbitrage	83
1. La présentation de la conception autonome	83
2. Les insuffisances de la conception autonome.....	84
Chapitre 2 : La double nature de la responsabilité de l'arbitre	87
Section 1 : Une responsabilité de nature contractuelle.....	87
§1) L'affirmation d'une responsabilité de nature contractuelle de l'arbitre	88
A) L'affirmation jurisprudentielle	88
1. Une responsabilité contractuelle dans le cadre de l'exécution du contrat d'arbitre	88
2. Une responsabilité contractuelle dans le cadre de l'exercice de la fonction juridictionnelle	91
B) L'affirmation doctrinale.....	95
1. Une indifférence devant la nature de la responsabilité.....	95
2. Une affirmation relevant de l'évidence.....	97
3. Une affirmation fondée sur la source de la mission de l'arbitre	99
§2) La justification de la nature contractuelle de la responsabilité de l'arbitre.....	103
A) La présentation du principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle	103
B) L'application du principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle en matière d'arbitrage.....	108
Section 2 : Une responsabilité de nature délictuelle	111
§1) Les insuffisances de l'approche exclusivement contractuelle de la responsabilité de l'arbitre.....	111
A) Les insuffisances tenant aux difficultés d'identification de l'obligation violée	112
B) Les insuffisances tenant aux difficultés de qualification de l'obligation violée.....	116

§2) Le choix entre les alternatives à une responsabilité exclusivement contractuelle de l'arbitre.....	121
A) L'inopportunité des approches unitaires.....	122
1. L'inopportunité d'une responsabilité professionnelle de l'arbitre	122
2. L'inopportunité d'une responsabilité exclusivement délictuelle de l'arbitre.....	125
B) L'opportunité de l'approche duale.....	128
1. Les arguments en faveur de l'approche duale.....	128
2. Le dépassement des difficultés de mise en œuvre.....	132
a. Les critères de classification écartés	133
b. Le critère de classification retenu.....	141
TITRE 2 : LE DOMAINE DE LA RESPONSABILITE DE L'ARBITRE.....	146
Chapitre 1 : La vérification du critère de la comparaison	148
Section 1 : Les obligations juridictionnelles de l'arbitre, par similarité avec le juge	148
§1) Des obligations de dénomination identique	148
A) Les obligations liées à l'instance	148
1. Le respect du principe dispositif	149
a. L'obligation faite au juge de respecter le principe dispositif	150
b. L'obligation faite à l'arbitre de respecter le principe dispositif.....	150
2. Le respect du principe de la contradiction.....	154
a. L'obligation faite au juge de respecter le principe de la contradiction.....	155
b. L'obligation faite à l'arbitre de respecter le principe de la contradiction	155
3. Le respect du principe de loyauté	157
a. L'obligation faite au juge de respecter le principe de la loyauté	157
b. L'obligation faite à l'arbitre de respecter le principe de la loyauté.....	159
4. Le respect du principe d'égalité.....	159
a. L'obligation faite au juge de respecter le principe d'égalité	160
b. L'obligation faite à l'arbitre de respecter le principe d'égalité.....	161
B) Les obligations liées à la sentence.....	164
1. L'obligation de délibérer.....	164
a. L'obligation faite au juge de délibérer.....	165
b. L'obligation faite à l'arbitre de délibérer	165
2. L'obligation de motivation	169
a. L'obligation faite au juge de motiver sa décision	170
b. L'obligation faite à l'arbitre de motiver sa décision.....	171
§2) Des obligations de contenu identique.....	175
A) Les obligations liées à l'instance	175
1. Le respect du principe dispositif	175
a. L'objet du litige.....	176
α. L'acception positive du principe dispositif appliqué à l'objet du litige	177
β. L'acception négative du principe du dispositif appliqué à l'objet du litige.....	178
b. Les faits du litige.....	180
2. Le respect du principe de la contradiction.....	182
a. Le contenu du principe de la contradiction imposé à l'arbitre interne	182
b. Le contenu du principe de la contradiction imposé à l'arbitre international	185
3. Le respect du principe de loyauté	191
4. Le respect du principe d'égalité.....	196
B) Les obligations liées à la sentence.....	200
1. L'obligation de délibérer.....	200
2. L'obligation de motivation	201
Section 2 : Les obligations contractuelles de l'arbitre, par dissemblance avec le juge.....	205
§1) Des obligations antinomiques.....	205
A) La confidentialité imposée à l'arbitre	205
1. La confidentialité dans l'arbitrage interne.....	206
2. La confidentialité dans l'arbitrage international.....	207
B) La publicité imposée au juge	211
§2) Des obligations originales.....	214
A) L'obligation de révélation	214
1. L'obligation de révélation assumée par l'arbitre.....	214
a. L'obligation de révélation de l'arbitre interne	214
b. L'obligation de révélation de l'arbitre international	217
2. L'absence d'obligation de révélation assumée par le juge	218
B) Le respect des délais de l'arbitrage	220
1. L'obligation faite à l'arbitre de statuer dans un délai déterminé par les parties	221
2. L'absence d'obligation faite au juge de statuer dans un délai déterminé par les parties	223
C) L'obligation de rendre une sentence efficace	224

Chapitre 2 : Les difficultés d'application du critère de la comparaison.....	233
Section 1 : Les difficultés tenant à une similarité trompeuse entre les obligations.....	233
§1) Des obligations identiques.....	233
A) L'obligation de participer à la constitution du tribunal arbitral.....	234
1. Une dénomination identique.....	234
a.L'obligation faite à l'arbitre de participer à la constitution du tribunal.....	234
b.L'obligation faite au juge de participer à la constitution du tribunal.....	235
2. Un contenu équivalent.....	236
B) L'obligation d'organiser matériellement l'instance.....	238
§2) Des obligations administratives par nature.....	240
A) L'existence d'obligations non juridictionnelles du juge.....	240
B) La nature contractuelle des obligations non juridictionnelles de l'arbitre.....	241
Section 2 : Les difficultés tenant à un défaut de similarité entre les obligations.....	243
§1) Des obligations de dénomination différente mais de contenu similaire.....	244
A) Célérité et délai raisonnable : une dénomination différente.....	244
B) Célérité et délai raisonnable : un contenu identique.....	246
1. L'assimilation jurisprudentielle de la célérité au délai raisonnable.....	246
2. L'assimilation doctrinale de la célérité au délai raisonnable.....	249
§2) Des obligations de contenu différent mais de dénomination identique.....	255
A) Les obligations d'indépendance et d'impartialité.....	256
1. Une dénomination identique.....	257
a.Les obligations d'indépendance et d'impartialité imposées au juge.....	257
α. Les fondements supranationaux.....	257
β. Les fondements nationaux.....	259
b.Les obligations d'indépendance et d'impartialité imposées à l'arbitre.....	261
α. La reconnaissance jurisprudentielle des obligations d'indépendance et d'impartialité.....	262
β. La consécration légale des obligations d'indépendance et d'impartialité.....	264
2. Un contenu différent mais équivalent.....	268
a.Le contenu de l'obligation d'indépendance.....	269
α. Les différences de contenu.....	269
β. L'équivalence des contenus.....	275
b.Le contenu de l'obligation d'impartialité.....	278
α. Les différences de contenu.....	278
β. L'équivalence des contenus.....	281
B) L'obligation de trancher le litige dans le respect des règles applicables.....	283
1. Une dénomination identique.....	285
a.L'obligation faite au juge de statuer conformément aux règles de droit.....	285
b.L'obligation faite à l'arbitre de statuer conformément aux règles de droit.....	286
2. Un contenu différent mais équivalent.....	288
a.Les différences de contenu.....	288
b.L'équivalence des contenus.....	298
α. L'équivalence entre les obligations du juge et de l'arbitre interne.....	298
β. L'équivalence entre les obligations du juge et de l'arbitre international.....	303
C) L'obligation de respecter les exigences formelles de la sentence.....	307

PARTIE 2 : LA MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITE DE L'ARBITRE315

TITRE 1 : LES ENJEUX DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE LIES A LA RESPONSABILITE DE L'ARBITRE 318

Chapitre 1 : Le juge compétent.....	319
Section 1 : Les critères écartés.....	319
§1) Le domicile et la nationalité.....	322
§2) La localisation de l'obligation.....	325
Section 2 : Les critères proposés.....	330
§1) La volonté des parties.....	331
A) La compétence attribuée à l'arbitre.....	331
1. La possibilité de soumettre à l'arbitrage les conflits de responsabilité arbitrale.....	331
2. L'interprétation des conventions soumettant à l'arbitrage les conflits de responsabilité arbitrale.....	334
B) La compétence attribuée à un juge.....	338
1. La possibilité de choisir le juge compétent pour trancher les conflits de responsabilité arbitrale.....	338
2. L'interprétation des clauses attribuant compétence à un juge pour trancher les conflits de responsabilité arbitrale.....	340
a.L'interprétation des clauses attributives de compétence imprécises.....	340
b.L'interprétation des clauses de règlement des litiges cumulatives et alternatives.....	344
§2) Le siège de l'arbitrage.....	348
Chapitre 2 : La loi applicable.....	355

Section 1 : La nécessité de la méthode conflictuelle	355
§1) La coexistence de deux méthodes	355
§2) Le rejet de la méthode des règles matérielles	361
A) Des qualités insuffisantes	361
1. Une simplicité partagée	361
2. Une uniformisation limitée	363
3. Une adéquation partagée	365
B) Un inconvénient majeur	367
Section 2 : L'application de la méthode conflictuelle	368
§1) Les critères écartés	370
A) La résidence habituelle	371
B) La localisation du dommage	373
C) Le principe de proximité	374
§2) Les critères proposés	376
A) La volonté des parties	376
B) Le siège de l'arbitrage	380
TITRE 2 : LES CONDITIONS D'ENGAGEMENT DE LA RESPONSABILITE DE L'ARBITRE EN DROIT FRANÇAIS ...	389
Chapitre 1 : Les conditions du droit commun devant être repensées	391
Section 1 : La faute délictuelle de l'arbitre-juge	391
§1) Un droit positif à repenser	393
A) Le principe d'immunité : un principe structurant adapté	393
1. La protection de la sérénité de l'arbitre	394
2. L'absence d'impunité de l'arbitre	396
B) La faute juridictionnelle : une définition actuelle inadaptée	399
1. La présentation de la définition actuelle de la faute juridictionnelle	399
2. Les insuffisances de la définition actuelle de la faute juridictionnelle	403
a. Des notions inadaptées à la responsabilité de l'arbitre-juge	404
α. La faute personnelle	404
β. La faute équipollente au dol	407
γ. La fraude	410
b. Des notions délimitant un seuil de gravité trop bas	413
α. Le déni de justice	413
β. La faute lourde	418
§2) Un droit positif repensé	423
A) La faute juridictionnelle : les propositions doctrinales écartées	424
1. La « faute intentionnelle malveillante » de Monsieur Henry	424
2. La « faute lourde professionnelle » de Messieurs Garaud et de Rancourt	426
B) La faute juridictionnelle : la proposition retenue	431
1. La définition proposée de la faute juridictionnelle	431
a. La dénomination proposée : la faute lourde juridictionnelle	431
b. Les critères de la faute lourde juridictionnelle	433
2. La mise en application de la faute lourde juridictionnelle	437
Section 2 : Le manquement contractuel de l'arbitre-cocontractant	443
§1) L'identification des manquements contractuels de l'arbitre : le rejet de la distinction entre obligations de moyens et de résultat	446
A) Le recours du droit positif à la distinction entre obligations de moyens et de résultat	446
B) L'inopportunité du recours à la distinction entre obligations de moyens et de résultat	448
1. Une existence débattue	449
2. Une mise en œuvre complexe	453
3. Une technique inutile	458
§2) L'identification des manquements contractuels de l'arbitre : l'adoption d'une approche casuistique	460
A) Les manquements à l'obligation de participer à la constitution du tribunal arbitral	460
B) Les manquements à l'obligation d'organiser matériellement l'instance	463
C) Les manquements à l'obligation de respecter les délais de l'arbitrage	466
D) Les manquements à l'obligation de révélation	470
E) Les manquements à l'obligation de confidentialité	474
Chapitre 2 : Les conditions du droit commun pouvant être mobilisées	482
Section 1 : Le dommage	483
§1) Le dommage réparable	488
A) Les caractères du dommage réparable	488
1. Le caractère certain	489
2. Le caractère légitime	496
B) Les types de dommages réparables	497
§2) La réparation du dommage	499

A)	L'étendue de la réparation prévue par la loi	499
1.	L'étendue de l'indemnisation en matière délictuelle.....	500
2.	L'étendue de l'indemnisation en matière contractuelle.....	501
B)	L'aménagement conventionnel de la réparation	505
1.	Le domaine de validité des clauses aménageant la réparation du préjudice.....	506
a.	Des clauses autorisées en matière contractuelle.....	506
b.	Des clauses interdites en matière délictuelle.....	508
2.	Les causes d'inefficacité des clauses aménageant la réparation du préjudice	513
a.	L'obligation essentielle vidée de sa substance	513
b.	Le déséquilibre significatif	516
c.	Les fautes lourde et dolosive	518
Section 2 : Le lien de causalité.....		521
§1) L'existence du lien de causalité comme condition pour engager la responsabilité de l'arbitre.....		522
A)	Le rôle causal de l'arbitre.....	522
1.	La présentation des théories de la causalité	524
a.	L'équivalence des conditions	524
b.	La causalité adéquate	526
2.	Le choix d'une théorie adaptée à la responsabilité civile de l'arbitre	527
B)	Le rôle causal du tribunal arbitral collégial	530
1.	Un dommage causé par les fautes de tous les arbitres	531
2.	Un dommage causé par un arbitre non identifié.....	537
§2) La rupture du lien de causalité comme cause d'exonération de la responsabilité de l'arbitre		539
A)	La présentation de la cause étrangère	540
B)	La cause étrangère dans la responsabilité arbitrale	545