

JUIN 2017

RAPPORT

# LA RESPONSABILITÉ DE L'ARBITRE



COMMISSION AD HOC



# **LA RESPONSABILITÉ DE L'ARBITRE**

RAPPORT DU CLUB DES JURISTES

Commission Ad Hoc

JUIN 2017

# Composition des membres de la Commission

---

*Président :*

**Jean-Yves Garaud**, Cleary Gottlieb Steen & Hamilton, Associé

*Membres :*

**Jean-Pierre Ancel**, Président de chambre honoraire, Cour de cassation

**Grégoire Bertrou**, Associé, Willkie Farr & Gallagher LLP

**Sébastien Besson**, Associé, Lévy Kaufmann-Kohler

**Thomas Clay**, Professeur, Université de Paris-Saclay (Versailles St-Quentin)

**Alexis Foucard**, Avocat, Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan LLP

**Jacob Grierson**, Associé, McDermott Will & Emery

**Emmanuel Jolivet**, Conseiller général de la Chambre de commerce internationale et de la Cour international d'arbitrage

**Georges Jourde**, Associé, Veil Jourde

**Elie Kleiman**, Associé, Freshfields Bruckhaus Deringer

**Fernando Mantilla-Serrano**, Associé, Latham & Watkins LLP

**Didier Rebut**, Professeur, Université de Paris 2 Panthéon-Assas

*Secrétaire de Commission :*

**Basile Zajdela**, Docteur en Droit



# Table des matières

---

<b>INTRODUCTION</b> .....	13
<b>PARTIE 1 : LA RESPONSABILITÉ JUDICIAIRE DE L'ARBITRE</b>	
<b>CHAPITRE 1 : LA RESPONSABILITÉ CIVILE DE L'ARBITRE</b> .....	19
<b>I. Le principe de la responsabilité civile de l'arbitre</b> .....	20
A. L'immunité qualifiée de l'arbitre à raison de sa mission juridictionnelle .....	21
1. L'immunité de l'arbitre à raison de l'exercice de la fonction juridictionnelle .....	21
2. Les limites de cette immunité .....	24
B. La responsabilité contractuelle de l'arbitre .....	26
<b>II. Le régime de responsabilité civile de l'arbitre</b> .....	32
A. Sur la frontière entre ce qui relève du bien jugé et de la manière dont la décision a été prise.....	32
B. Sur la nature des obligations contractuelles de l'arbitre .....	33
C. Sur l'efficacité et la portée des clauses exonératoires de responsabilité .....	34
D. Sur l'étendue du préjudice réparable .....	37
<b>CHAPITRE 2 : LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DE L'ARBITRE</b> .....	39
<b>I. La responsabilité pénale de l'arbitre garante     du bon déroulement de la procédure arbitrale</b> .....	41
A. La responsabilité pénale de l'arbitre garante du bon comportement de l'arbitre .....	41

1. Faux et usage de faux .....	42
2. Escroquerie .....	44
3. Corruption et trafic d'influence passifs .....	45
4. Violation du secret de l'arbitrage .....	47
B. La responsabilité pénale de l'arbitre garante du bon comportement des parties .....	49
1. Le risque de mise en jeu de la responsabilité pénale de l'arbitre en tant que complice des parties .....	49
2. Le devoir de l'arbitre de faire obstacle à l'infraction commise par les parties .....	52
<b>II. La protection de l'arbitre et de l'arbitrage contre l'instrumentalisation de la justice pénale .....</b>	<b>54</b>
A. Le risque d'instrumentalisation de la justice pénale par une partie à un arbitrage .....	54
1. La situation d'un arbitre visé par une plainte pénale est radicalement différente de celle d'un arbitre faisant l'objet d'une demande de récusation .....	55
2. L'absence de mesure permettant aux arbitres de lutter efficacement contre une instrumentalisation de la justice pénale .....	59
B. La nécessité de protéger l'arbitre et l'arbitrage contre l'instrumentalisation de la justice pénale .....	60

<b>PARTIE 2 : LA RESPONSABILITÉ EXTRAJUDICIAIRE DE L'ARBITRE</b>	
<b>CHAPITRE 1 : LA RESPONSABILITÉ DISCIPLINAIRE</b>	63
<b>I. L'exemple anglais de la procédure disciplinaire CI Arb</b>	64
A. Description de la procédure et des sanctions disciplinaires du CI Arb	65
B. Evaluation de la procédure et des sanctions CI Arb	69
<b>II. Évolutions envisageables en France</b>	71
A. Constat du désert disciplinaire	71
B. Propositions d'évolution	74
<b>CHAPITRE 2 : LA RESPONSABILITÉ INSTITUTIONNELLE</b>	84
<b>I. La sanction contractuelle</b>	84
A. La source de l'obligation contractuelle sanctionnée	85
B. La typologie des sanctions	87
<b>II. La sanction non contractuelle</b>	90
<b>CHAPITRE 3 : LA RESPONSABILITÉ ENTRE ARBITRES</b>	91
<b>I. L'obligation de vigilance du coarbitre</b>	92
<b>II. La responsabilité du coarbitre</b>	94
<b>CONCLUSION ET PROPOSITIONS</b>	98
<b>ANNEXE 1 :</b>	
<b>La responsabilité des arbitres en droit américain</b>	101
<b>1. Principe : l'immunité de l'arbitre</b>	101
1.1. L'immunité de l'arbitre : une jurisprudence bien établie	101
1.2. Le fondement légal : « Revised Uniform Arbitration Act »	103



<b>2. Les exceptions à l'immunité arbitrale</b> .....	104
2.1. Le manquement à l'obligation de rendre une sentence dans un délai raisonnable / inexécution .....	104
2.2. L'exception à l'immunité pour les demandes en <i>equity</i> .....	107

**ANNEXE 2 :**

<b>La responsabilité des arbitres en droit anglais</b> .....	110
--	-----

<b>I. La Responsabilité Civile des Arbitres en Droit Anglais</b> .....	110
--	-----

A. L'Etat du Droit Anglais Relatif à la Responsabilité de l'Arbitre Avant l'Arbitration Act 1996 .....	110
---	-----

B. Le Régime de Responsabilité Civile des Arbitres Sous l'Empire du Arbitration Act 1996 .....	112
---	-----

i. l'Article 29 du Arbitration Act 1996 .....	112
---	-----

ii. l'Article 25 du Arbitration Act 1996 : le cas de la démission de l'arbitre .....	114
---	-----

<b>II. L'existence de mécanismes de sanctions disciplinaires</b> .....	115
--	-----

A. Les Sanctions Imposées par le Barreau Anglais .....	116
--	-----

B. Les Sanctions Imposées par le <i>Chartered Institute of Arbitrators</i> sur ses Membres .....	116
---	-----

<b>III. Les Cas où une Action Pénale a été Engagée</b> .....	117
--	-----

**ANNEXE 3 :**

<b>Responsabilité de l'arbitre en Espagne et en Amérique latine</b> .....	118
---	-----

<b>Introduction et Contexte</b> .....	118
---------------------------------------	-----

<b>I. La responsabilité de l'arbitre en Espagne et en Amérique latine</b> ...	118
---	-----

<b>A. La Responsabilité Civile</b> .....	118
1. La responsabilité civile contractuelle de l'arbitre pour dol ou faute grave .....	119
2. La responsabilité civile de l'arbitre fondée sur la spécificité de sa mission .....	122
i. La responsabilité de l'arbitre dans le cadre de l'exercice de sa mission .....	122
ii. La responsabilité spécifique de l'arbitre de rendre la sentence dans le délai imparti.....	122
iii. La responsabilité civile de l'arbitre du fait de ses obligations éthiques .....	124
3. Le silence de la loi en matière de responsabilité civile des arbitres.....	124
i. La responsabilité civile de l'arbitre est une responsabilité de droit commun .....	124
ii. L'assimilation entre la responsabilité civile des juges et celle des arbitres.....	125
<b>B. La Responsabilité Pénale</b> .....	126
1. La responsabilité pénale propre de l'arbitre .....	127
2. Dans le cadre de la responsabilité pénale, l'assimilation entre l'arbitre et le juge .....	130
<b>ANNEXE 4 :</b>	
<b>La responsabilité de l'arbitre en droit suisse</b> .....	131
<b>I. Nature de la relation entre l'arbitre et les parties a l'arbitrage</b> .....	131
<b>II. Responsabilité de l'arbitre</b> .....	135
<b>III. Bibliographie limitée</b> .....	139





# INTRODUCTION

---

**Pourquoi une réflexion sur la responsabilité de l'arbitre ?** Tout simplement, parce que la valeur de l'arbitrage international est actuellement remise en cause. L'arbitrage vit une crise de réputation. La multiplication des contentieux parallèles ou consécutifs aux procédures arbitrales, dont certains sont dirigés contre les arbitres, est une tendance récente qui traduit une rupture de consensus. C'est pourquoi il est apparu nécessaire aux auteurs de ce rapport 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. Le droit de la responsabilité de l'arbitre fournit en effet, au-delà de sa fonction de régulation des comportements individuels, un indicateur de la confiance accordée à l'arbitrage en tant qu'institution. La question est également d'importance pour l'attractivité de la place de Paris, en tant que pôle d'excellence de l'arbitrage international.

La remise en cause de l'arbitrage est un phénomène d'ampleur. Le cas Tapie/CDR est à l'esprit de tous : les circonstances de cette affaire montrent que le consensus qui forme le socle de l'arbitrage demeure fragile. Si la plus grande prudence s'impose dès lors que l'affaire est toujours en cours, on peut d'ores et déjà constater, indépendamment des responsabilités civiles et pénales éventuelles, que le cœur du tribunal arbitral était vicié par l'absence d'indépendance d'un arbitre et l'attentisme des deux autres. Ce constat seul, aggravé par la personnalité des arbitres intéressés, est susceptible d'attenter gravement à la réputation non seulement des arbitres mais de l'arbitrage comme institution. Cependant la sentence a été rétractée, montrant ainsi que l'arsenal juridique savait défendre l'arbitrage.

Mais ce n'est pas tout. La remise en cause de l'arbitrage touche aussi la sphère internationale. Les projets de traités de libre-échange négociés par l'Union européenne avec les États-Unis et le Canada ont donné lieu à une focalisation de critiques, aussi inattendues qu'inédites, sinon injustes, sur la place de l'arbitrage dans le règlement des différends entre investisseurs et États. Ces critiques – un agrégat composite fait d'un petit nombre de propositions procédurales intéressantes et d'un extraordinaire fatras d'exagérations et d'inexactitudes – ont été relayées et amplifiées sans aucune vérification mais avec zèle par nombre de parlementaires et d'agitateurs actifs sur les réseaux sociaux, au point de connaître un retentissement mondial. C'est ainsi que, en quelques mois, l'arbitrage international était devenu le symbole de toutes les injustices produites par la mondialisation ; le tout était intervenu dans un tumulte qui rendait inaudible tout argumentaire appuyé sur des faits vérifiés et des démonstrations rationnelles, et rendait inutile tout appel au débat pour explorer les réelles pistes de réflexion.

Dans le même temps, d'autres affaires permettent de constater que certains plaideurs déçus n'hésitent plus à engager la responsabilité civile des centres d'arbitrage et des arbitres, voire à saisir la juridiction pénale de critiques relevant le plus souvent du contentieux de la récusation de l'arbitre ou de l'annulation de la sentence.

On peut regretter cette évolution qui traduit une perte d'acceptation sociale de l'arbitrage international au point de paraître légitimer sa remise en cause par l'Union européenne et nombre d'États européens, y compris la France, en tant que seule mode véritablement international et neutre de règlement des différends nés du commerce et de l'investissement international. On peut aussi regretter la banalisation et l'accentuation des contentieux para-arbitral et post-arbitral, là où naguère de tels recours auraient semblé incongrus et contraires à l'esprit de l'arbitrage. Mais on peut aussi y voir une preuve de son succès et de l'exigence toujours accrue dont il fait l'objet. Au surplus, le regret est inutile, tout comme est inutile la méthode Coué qui consisterait à répéter tel Pangloss que tout va pour le mieux dans le meilleur des mondes. Aussi vain que contreproductif, le déni de réalité ne fait pas davantage taire ou oublier les critiques que la peur ne fait disparaître le danger ; pire encore, le déni

risque de renforcer la contradiction, exaspérer les sentiments de frustration et justifier les soupçons souvent entendus de recherche d'entre-soi et de corruption - l'arbitrage n'est-il pas parfois comparé à une mafia et le silence de ses acteurs à l'égard de critiques qu'ils estiment indignes qualifié d'omerta ?

L'arbitre est d'autant plus exposé qu'il rend un service rémunéré. L'arbitrage international est devenu une industrie à part entière. En témoignent le développement des centres d'arbitrage dans le monde et la concurrence des places d'arbitrage - et pas seulement celle à laquelle se livrent Genève, Londres et Paris pour se hisser ou rester à la tête du classement de la place la plus souvent choisie. On constate aussi que certains arbitres ont fait de cette activité un véritable métier, regroupant autour d'eux une équipe de collaborateurs et d'assistants dédiée à leur pratique de serial arbitrator. Cette professionnalisation de l'arbitrage, activité à forte valeur ajoutée, pèse ne serait-ce qu'inconsciemment, sur les attentes des usagers en termes d'éthique et de responsabilité. Le temps et les soins consacrés à l'instruction détaillée de la cause et les honoraires perçus en contrepartie suscitent une attente légitime pour les parties : celle d'un procès arbitral conduit de manière équitable (donc loyale, honnête, impartiale et d'une durée raisonnable) et d'une décision arbitrale dépourvue d'arbitraire. C'est pourquoi l'acceptation sociale de l'arbitrage en tant qu'institution générale dépend de la qualité du déroulement de chaque arbitrage particulier, qui est potentiellement l'occasion d'en renforcer ou d'en écorner la réputation.

Il serait injuste d'imaginer que l'autorégulation est étrangère à l'arbitrage international. C'est même l'inverse. La loi française a ainsi su se réformer et se moderniser en 2011, redevenant la vraie loi modèle au monde. Les institutions arbitrales, au premier rang desquelles la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale, exercent une vigilante peer pressure. Celle-ci se caractérise principalement par un ensemble de mesures prises en application du règlement d'arbitrage pour assurer l'indépendance et l'impartialité des arbitres ainsi que la célérité de la constitution du tribunal, des opérations d'arbitrage et de la rédaction de la sentence. Au-delà, le monde académique, les institutions et les associations scientifiques et professionnelles qui animent la

communauté arbitrale ne ménagent pas leurs efforts pour partager la culture de l'arbitrage et notamment la conception selon laquelle l'institution de l'arbitrage est un bien commun que tous, centres d'arbitrage, arbitres et conseils, doivent avoir à cœur de préserver au nom d'un équilibre bien compris entre idéal de justice et intérêts individuels. On pourrait ainsi postuler, en manière d'impératif catégorique arbitral, que le principe de la responsabilité éthique arbitrale commande à chaque arbitre de se comporter de telle sorte que les effets de ses actions soient compatibles avec l'utilité sociale attendue de l'institution arbitrale.

Mais sans nier la réalité de cette éthique partagée, l'esprit « club » et l'autorégulation implicite ne suffisent pas. Les exigences contemporaines de transparence conduisent à justifier de modalités concrètes et efficaces pour que l'autorégulation mérite d'être prise au sérieux. C'est l'un des objets de ce rapport que de s'interroger sur la régulation disciplinaire appliquée à l'arbitrage. La question de l'adaptation des procédures et sanctions disciplinaires à la régulation de la justice arbitrale mérite en effet d'être posée. L'analyse de la pratique anglaise du *Chartered Institute of Arbitrators* conduira à s'interroger sur l'opportunité d'accueillir en droit français de telles procédures disciplinaires et à proposer quelques évolutions concevables.

C'est également de régulation judiciaire qu'il sera question. Accepter la responsabilité de l'arbitre, comme celle des centres d'arbitrage, s'impose comme le nécessaire pendant de la liberté et de la volonté contractuelle qui sont le socle de l'arbitrage et comme le corollaire indispensable de l'ouverture du champ des arbitres potentiels. De la même manière que le respect de la volonté des parties de recourir à l'arbitrage est assuré par les juridictions qui appliquent le principe compétence-compétence, apportent leur assistance comme juge d'appui et s'interdisent la révision au fond de la sentence, les juridictions étatiques peuvent être juges de la récusation, juge de la sentence, ou encore juges de la responsabilité de l'arbitre pour manquement à ses devoirs. Cela revient à dire que l'arbitre, investi contractuellement par les parties au litige de la mission juridictionnelle de trancher le différend qui les sépare, doit s'acquitter de cette mission de confiance et en assumer la responsabilité contractuelle. Juge privé, l'arbitre est prestataire de services contractuellement investi.



Mais il faut sûrement tenir compte de la nature juridictionnelle de la prestation de services confiée à l'arbitre pour définir un régime juridique aménagé, équilibré et efficient. La dualité de la mission arbitrale justifie de tenir compte de la spécificité juridictionnelle de la mission contractuellement dévolue : la responsabilité de l'arbitre ne peut en principe pas être engagée en raison de ce qu'il a jugé, sauf faute personnelle dolosive, fraude, faute lourde ou déni de justice. Mais s'agissant du service attendu, à côté du contenu de la décision, l'arbitre est responsable de sa faute dans le déroulement du processus arbitral. Il importe donc de préciser ce domaine, d'autant que si les obligations de loyauté et célérité sont formulées par l'article 1464, alinéa 3, du Code de procédure civile applicable en arbitrage interne et international, il s'agit de devoirs communs aux arbitres et aux parties dans la conduite de la procédure, si bien que sauf manquement caractérisé et exclusif imputable à l'arbitre, le plus souvent lié à une obligation de résultat, il est heureux que la responsabilité n'aille pas de soi. Cette étude fera aussi le point sur l'efficacité des clauses limitatives de responsabilité dans le contrat d'arbitre et sur l'étendue du préjudice réparable.

En parallèle, on observera que certains droits de *common law* assurent à l'arbitre une immunité juridictionnelle relative mais non exclusive. Prétendre instaurer une immunité pour l'arbitre, à l'image de l'immunité judiciaire, ne paraît pas imaginable dans le système juridique français. L'analyse comparée menée ici conduit toutefois à conclure que les solutions ne se sont pas aussi différentes qu'il y paraît à première vue. On notera tout d'abord que, même si la tendance récente montre une activité judiciaire plus intense que par le passé, les cas de condamnation d'arbitres par des juridictions françaises demeurent d'une rareté extrême : cinq en tout à ce jour depuis le début du XIX<sup>ème</sup> siècle, dont deux depuis le début du XX<sup>ème</sup> siècle (une fois pour démission intempestive, deux fois pour manque d'indépendance et deux fois pour dépassement du délai). C'est ainsi que la majorité des droits étatiques reconnaissent la possibilité d'engager, dans une certaine mesure, la responsabilité de l'arbitre lorsqu'il méconnaît les délais qu'il s'était engagé à respecter. On peut même affirmer que le système de responsabilité civile aménagée, tel qu'il est conçu par le droit français, assure une plus grande intégrité de la justice arbitrale que les systèmes qui prévoient l'immunité de l'arbitre.

Le droit français offre donc un système équilibré, en évitant en amont que l'arbitrage ne soit paralysé par les recours abusifs au juge judiciaire, tout en ménageant en aval la faculté d'engager la responsabilité de l'arbitre lorsque celui-ci a manqué de façon grave à ses devoirs et obligations.

Il reste que sur le plan de la responsabilité pénale et notamment s'agissant de la mise en mouvement de l'action publique, des aménagements paraissent nécessaires pour tenir compte du particularisme de l'arbitrage. S'il serait extravagant d'accorder une immunité pénale à l'arbitre pour des infractions d'une gravité telle que la corruption ou le faux, il est légitime de protéger les procédures arbitrales contre l'utilisation abusive de la procédure pénale. Un élément de solution pourrait être de réserver la mise en œuvre de la procédure pénale au ministère public, par exemple au Parquet National Financier. Le particularisme du système français, en ce qu'il permet la mise en mouvement de l'action publique par plainte avec constitution de partie civile, est en effet très minoritaire dans le monde et joue en défaveur de la compétitivité française en tant que place d'arbitrage tant ses effets sur l'arbitrage d'une plainte avec constitution de partie civile contre l'arbitre peuvent être dévastateurs.

Il est important que le régime de la responsabilité de l'arbitre en droit français ne dépare pas au sein du droit français de l'arbitrage international, qui est à juste titre considéré comme une référence mondiale : la modernité et la pérennité de sa conception, de ses méthodes et des solutions qu'il consacre, sa prévisibilité, sa souplesse et sa clarté ont contribué à faire de Paris l'une des premières places de choix pour la tenue des arbitrages internationaux, si ce n'est la première. Ce droit de l'arbitrage qui distingue Paris, au-delà des textes aujourd'hui codifiés, est ancré dans une tradition éprouvée dont témoigne la présence à Paris, dans le sillage de la Chambre de Commerce Internationale et de sa Cour internationale d'arbitrage, de la plus grande communauté de praticiens internationaux du monde, d'une population académique de premier plan et de juridictions étatiques spécialisées. Les efforts conjugués de ces acteurs continuent d'assurer, dans la durée, la régulation de l'arbitrage international et la pérennité du rôle prééminent joué par la place de Paris dans le monde de l'arbitrage international.

# PARTIE 1

## La responsabilité judiciaire de l'arbitre

---

### CHAPITRE 1

#### La responsabilité civile de l'arbitre

---

La question de la responsabilité des arbitres ne fait l'objet d'aucune disposition textuelle en droit français. Mais on trouve désormais un article relatif aux obligations (inhérentes) au contrat d'arbitre, aux termes de laquelle « *Les parties et les arbitres agissent avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure* »<sup>1</sup>. Ce rappel des obligations des arbitres et des parties jouera nécessairement un rôle dans l'identification des cas dans lesquels les arbitres peuvent voir leur responsabilité engagée. Toutefois, l'utilité d'une telle disposition est tributaire de la détermination, en amont, des principes régissant la responsabilité des arbitres.

Face au silence du législateur et en l'absence de système disciplinaire, la jurisprudence, des juges du fond d'abord, de la Cour de cassation ensuite, s'est efforcée d'esquisser les règles régissant la responsabilité des

---

(1) Article 1464 al. 3 du Code de procédure civile. Sur la consécration du contrat d'arbitre par cet article, cf. J.-B. RACINE, *Le nouvel arbitre*, in Th. Clay (ss dir.), *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Lextenso, 2011, p. 117, spéc. n<sup>os</sup> 30 et s. ; et Th. CLAY, *Code de l'arbitrage commenté*, préface de L. Cadiet, spéc. n<sup>o</sup> 55 et sous art. 1464.

arbitres partant du contrat d'arbitre tel qu'il a été identifié en doctrine<sup>2</sup>. Consacré par la jurisprudence, encore très récemment<sup>3</sup>, le contrat d'arbitre unit d'un côté les litigants et de l'autre l'arbitre, et constitue le siège de la responsabilité civile des arbitres.

Si l'on peut sans témérité considérer que le principe de la responsabilité civile des arbitres est acquis en droit français (I), certaines conditions de sa mise en œuvre peuvent encore avantageusement être clarifiées (II).

## I. Le principe de la responsabilité civile de l'arbitre

Il y a plus de vingt ans, Sir Michael Kerr posait en ces termes ce qu'il considérait, à juste titre, comme la question fondamentale posée par la responsabilité des arbitres : « *Whether arbitrators provide a service just like any other person, and are therefore liable for any failure in its reasonable performance, or whether they are immune from such claim because of the judicial character of the service they perform* »<sup>4</sup>.

Consciente de la nécessité d'adopter un régime de responsabilité intégrant la dualité de la mission des arbitres, la jurisprudence française s'efforce de tenir compte de la spécificité juridictionnelle de sa mission d'origine contractuelle<sup>5</sup>.

L'arbitre, qui exerce une fonction juridictionnelle, est d'une part un juge. De ce fait, il bénéficie, à l'image du juge étatique, d'une réelle immunité. Aussi bien, sa responsabilité ne peut-elle en principe pas être engagée

(2) Th. Clay, *L'arbitre*, Dalloz, 2001, n° 587 et s.

(3) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> févr. 2017, n° 15-25.687.

(4) M. Kerr, préface à l'ouvrage *The Immunity of the Arbitrator*, J. LEW (ss. dir.), Loyd's, 1990. V. Aussi, Th. Clay, *L'arbitre*, Dalloz, 2001, n° 931 : « *Le contrat d'arbitre se situant au confluent du juridictionnel et du contractuel, la responsabilité de l'arbitre doit se chercher au même endroit, c'est à dire en tenant compte de la coloration juridictionnelle de sa mission contractuelle* ».

(5) Certaines formules, peut être simplement maladroitement, avaient pu un temps, en raison de leur généralité, semer le doute sur la pérennité de cette présentation (TGI Paris, 12 mai 1993 (Raoul Duval), *Rev. arb.*, 1996.411, et Paris, 12 octobre 1995, *Rev. arb.*, 1999.324, note Ph. FOUCHARD). Dans le jugement, puis l'arrêt, rendu dans l'affaire Raoul Duval, les juges avaient considéré que « *le lien de nature contractuelle qui unit l'arbitre aux parties justifie que sa responsabilité soit appréciée dans les conditions de droit commun [...]* » et « *que l'arbitre ne peut se soustraire aux principes de responsabilité du droit commun en imposant [...] la preuve d'une faute lourde qu'il aurait commise* ». Ce faisant, les juges n'avaient pas expressément réservé le cas des fautes commises dans l'exercice de la mission juridictionnelle.

en raison de ce qu'il a jugé, sauf s'il a commis une « faute personnelle équipollente au dol ou constitutive d'une fraude, d'une faute lourde ou d'un déni de justice », pour reprendre la formule récemment consacrée par la Cour de cassation (A). Mais, l'arbitre est d'autre part un prestataire de services. À ce titre, sa responsabilité doit pouvoir être engagée lorsqu'il n'a pas exécuté, ou mal exécuté, le service promis (B).

## A. L'immunité qualifiée de l'arbitre à raison de sa mission juridictionnelle

En droit français, il est acquis que l'arbitre « 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 »<sup>6</sup>.

Si même elle n'a été consacrée que récemment par la Cour de cassation, la règle selon laquelle l'arbitre jouit d'une immunité en raison de ce qu'il a jugé (1) à moins qu'il ait commis une faute d'une particulière gravité (2), semble bien ancrée en droit français.

### 1. L'immunité de l'arbitre à raison de l'exercice de la fonction juridictionnelle

Les juridictions françaises reconnaissent depuis longtemps la nécessité de ne pas autoriser les parties à engager la responsabilité des arbitres en raison de ce qu'ils ont jugé. Au début des années 1990, à l'occasion de l'affaire Bombard, la Cour d'appel de Paris avait déclaré irrecevable l'action engagée contre l'arbitre aux motifs que la « la faute alléguée se rattache directement au contenu de l'acte juridictionnel et constitue une critique de la valeur des motifs énoncés par la sentence [...] »<sup>7</sup>.

(6) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 janvier 2014, no 11-17.196, *Azran*, *Bull. civ.* 2014, I, no 1 ; Rapp. C. cass. 2014, p. 490 ; JCP 2014, doct. 255, note E. Loquin ; JCP 2014, 231, avis av. gén. P. Chevalier ; *Procédures* 2014, 72, note L. Weiller ; *Paris Journ. Int. Arb.* 2014, 299, note L. Aynès ; *RTD com.* 2014, 315, obs. E. Loquin ; *Rev. Lamy dr. civ.* juin 2014, p. 23, obs. H. Slim ; *Rev. arb.* 2016.493, note J.-S. Borghetti ; JCP 2014, doct. 857, § 2, obs. J. Ortscheidt ; *LPA* 2014, no 215, p. 14, obs. L. DEGOS ; *D.* 2014, pan. 2551, obs. Th. CLAY ; *D.* 2014, act. 219, obs. X. Delpéch ; *AJ Contrats d'affaires*, avr. 2014, p. 35, obs. M. de Fontmichel ; JCP 2014, act. 89, obs. B. Le Bars ; *Gaz. Pal.* 27-28 juin 2014, p. 18, obs. D. Bensaude.

(7) Paris, 22 mai 1991 (Bompard), *Rev. arb.*, 1996, p. 476.

À dire vrai, l'opportunité, voire la nécessité, d'attribuer une immunité qualifiée à l'arbitre en raison de ce qu'il juge, ne suscite guère de controverses<sup>8</sup>. La nature même de la mission exercée par l'arbitre commande un régime de responsabilité particulier : parce qu'il exerce une mission juridictionnelle, l'arbitre se voit reconnaître, à l'image du juge, une certaine immunité, sans quoi il ne peut pas juger sereinement. La fonction de juger suppose une liberté de décision que seule une certaine immunité peut préserver.

Au reste, l'immunité tend à assurer le caractère définitif des sentences arbitrales, en s'opposant à ce que les parties tentent d'agir contre les arbitres chaque fois qu'elles sont mécontentes du contenu de la sentence. L'exclusion de l'appel n'aurait sinon plus guère de sens, le contenu de la sentence pouvant à nouveau être discuté lors de l'instance relative à la responsabilité des arbitres.

D'ailleurs, une telle immunité est très largement attribuée à l'arbitre en droit comparé. D'un côté, les droits de *common law* reconnaissent expressément, en raison de sa mission juridictionnelle, une large immunité à l'arbitre<sup>9</sup>. De l'autre côté, les droits de tradition civiliste, s'ils ne la consacrent pas toujours en tant que telle<sup>10</sup>, prévoient le plus souvent que la responsabilité de l'arbitre ne peut pas être engagée en raison de ce qu'il a jugé<sup>11</sup>. En réalité, d'un côté comme de l'autre, l'arbitre est à cet égard assimilé au juge étatique. Le régime de la responsabilité de l'arbitre est alors calqué sur celui des juges.

(8) V. parmi une littérature abondante, M. Henry, « La responsabilité de l'arbitre pour reddition de sentence tardive », *Paris Journ. Intern. Arb.*, 2015.313 ; J.-S. Borghetti, note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 15 janvier 2014 et Paris, 31 mars 2015, *Rev. arb.* 2016, spéc. p. 511 ; L. Aynès, note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 janvier 2014, *Paris Journ. Intern. Arb.*, 2014.299 ; E. Loquin, « La dualité du régime de l'arbitre », *JCP G.*, 2014, doct. 255 ; Th. Clay, *L'arbitre*, Dalloz, 2001, p. 451 ; Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013, p. 717.

(9) En Angleterre, le principe qui avait d'abord été dégagé par la jurisprudence (v. *Sutcliffe v. Thackrah* [1974] AC 727) figure désormais à l'article 29 du *Arbitration Act* de 1996 (V. Annexe n° 1) ; aux États-Unis, la règle apparaît expressément dans le *Revisited Uniform Arbitration Act*. Si ce texte n'a pas été adopté par l'ensemble des États, toutes les juridictions, amenées à se prononcer sur la question, ont reconnu à l'arbitre une immunité à raison de l'exercice de sa mission, v. par ex., *Tamari v. Conrad*, 552 F.2d 778 (7<sup>th</sup> circ. 1977) ; v. Annexe n° 1.

(10) C'est notamment le cas du droit suisse qui ne possède ni texte ni jurisprudence sur cette question. Pourtant, la doctrine majoritaire considère que l'arbitre doit jouir d'une certaine immunité en raison de ce qu'il a jugé (v. Annexe 4). Pour le Brésil, v. Annexe n° 3.

(11) En Espagne, v. Article 21.1 de la Loi 60/2003 du 23 décembre 2003 relative à l'arbitrage ; Au Portugal, v. article 9 de la loi sur l'arbitrage de 2011 ; Au Pérou, article 32 de la Loi n° 1071, Décret relatif à l'arbitrage.

La Cour de cassation a récemment eu l'occasion de reprendre à son compte la règle selon laquelle l'arbitre bénéficie d'une immunité dans l'exercice de sa mission juridictionnelle. Dans un arrêt du 15 janvier 2014, la Cour de cassation a exclu la mise en cause de la responsabilité des arbitres aux motifs que « la critique fondée sur la prétendue méconnaissance de l'autorité de la chose jugée, à laquelle se rattache celle concernant la poursuite de l'instance arbitrale, tendait à remettre directement en cause le contenu des sentences rendues, et partant l'exercice de la fonction juridictionnelle des arbitres »<sup>12</sup>.

Dans cette affaire, en raison des difficultés suscitées par l'exécution de la première sentence rendue, le tribunal arbitral, saisi par l'une des parties à cet effet, a prononcé une seconde sentence. Celle-ci a ensuite été annulée en raison d'une violation de l'autorité de la chose jugée qui s'attachait à la première sentence. Une partie se saisit de cette faute pour engager une action en responsabilité contre les arbitres. La demande a été rejetée à tous les degrés de juridiction aux motifs « que la divergence existant entre le tribunal et la Cour d'appel sur la notion de chose jugée ne suffit pas à démontrer une faute lourde imputable audit tribunal ou à chaque arbitre personnellement »<sup>13</sup>.

La solution a été unanimement approuvée<sup>14</sup>. À dire vrai, l'occasion était idéale pour la Cour de cassation, tant il paraissait difficile de contester que la faute reprochée ressortissait de l'exercice de la mission juridictionnelle de l'arbitre<sup>15</sup>. Mais, si la légitimité d'une telle immunité ne suscite guère de discussions, l'identification de ses contours précis s'avère autrement délicate.

---

(12) Cass. 1<sup>er</sup> civ., 15 janvier 2014, no 11-17.196, *préc.*

(13) Paris, 1<sup>er</sup> mars 2011 (Azran), *préc.*

(14) V. les références citées, *supra*, note n° 6.

(15) L'affaire *Bompard* offre un second exemple d'un manquement des arbitres considéré comme relevant de l'exercice de sa fonction juridictionnelle. Dans cette affaire, les juges ont estimé qu'il ne leur appartenait pas de sanctionner une erreur de calcul, même évidente, que les parties imputaient aux arbitres (TGI Paris, 13 juin 1990 et Paris, 22 mai 1991 (Bompard), *Rev. arb.*, 1996.476).

## 2. Les limites de cette immunité

À considérer que l'attribution d'une immunité absolue à l'arbitre soit opportune, ce qui ne va certainement pas de soi, cette voie n'est, en toute hypothèse, pas envisageable en droit français. La consécration de toute immunité absolue de responsabilité est prohibée car, aux termes de la formule consacrée par le Conseil constitutionnel, « nul ne saurait par une disposition générale de la loi être exonérée de toute responsabilité personnelle quelle que soit la nature ou la gravité de ses fautes »<sup>16</sup>.

Aussi bien, l'immunité de l'arbitre doit-elle céder lorsque la faute commise est d'une particulière gravité. Plus précisément, l'immunité doit être écartée, selon la Cour de cassation lorsqu'est rapportée la « 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 »<sup>17</sup>. En reprenant quasiment à l'identique la liste des fautes permettant, aux termes de l'article L. 141-3 du Code de l'organisation judiciaire, de prendre à partie le juge étatique, la Cour de cassation reconnaît explicitement l'influence de la nature juridictionnelle de la mission de l'arbitre sur la mise en cause de sa responsabilité. Il est vrai que ce faisant, elle n'a pas facilité la tâche de l'interprète qui n'a pas moins de cinq notions à analyser<sup>18</sup>. Reprenons-les brièvement une à une.

La faute doit, semble-t-il, être dans tous les cas personnelle. Le choix de ce terme peut surprendre<sup>19</sup>. La faute personnelle s'oppose, en droit administratif, à la faute de service. Le caractère personnel de la faute autorise la mise en cause de la responsabilité personnelle de l'agent, par opposition à celle de son service. A vrai dire, le débat n'a qu'une faible incidence pratique. 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 ».

(16) C.C., 17 janvier 1989, n° 88-248 DC.

(17) Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 15 janvier 2014, *préc.*

(18) L'avocat général avait d'ailleurs suggéré à la Cour de se cantonner aux seuls cas de faute lourde et de déni de justice (P. Chevalier, sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 15 janvier 2014, *préc.*).

(19) V. notamment, L. Aynès, note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 15 janvier 2014, *Paris Journ. Intern. Arb.* 2014.299 ; J-S. Borghetti, note *préc.*, n° 16 ; M. Henry, « La responsabilité de l'arbitre pour reddition de sentence tardive », *Paris Journ. Intern. Arb.* 2015.313, *spéc.*, n° 6.



La faute personnelle peut d'abord prendre la forme du déni de justice ou révéler une fraude<sup>20</sup>.

La faute personnelle peut aussi être équipollente au dol. Cette formule, classiquement utilisée à propos de la faute lourde, n'a guère de sens ici. Accolée à la faute lourde, la précision signifie qu'une faute lourde peut, en raison de sa gravité, avoir les mêmes conséquences qu'une faute dolosive, intentionnelle. Si la faute personnelle doit être équipollente au dol, on en déduit qu'elle doit être dolosive. En somme, l'immunité ne protège pas l'arbitre lorsqu'il commet des « violations délibérées de ses devoirs de juge »<sup>21</sup>.

Enfin, l'immunité doit céder lorsque l'arbitre a commis une faute lourde. Cette dernière exception soulève d'avantage de controverses, notamment en raison des incertitudes qui entourent la notion même de faute lourde<sup>22</sup>. En droit français, la faute lourde se présente généralement de façon objective, en ce sens qu'elle n'a pas à être intentionnelle<sup>23</sup>. Pour être qualifiée de lourde, la faute doit être « d'une extrême gravité [...] et dénotant l'incapacité du débiteur à l'accomplissement de la mission contractuelle qui l'avait acceptée »<sup>24</sup>. Adaptée au cas particulier de l'arbitre, selon les termes du Tribunal de grande instance dans l'affaire *Bompard*, « la faute lourde est celle qui est commise sous l'influence d'une erreur tellement grossière qu'un magistrat [...] normalement soucieux de ses devoirs, n'y eut pas été entraîné »<sup>25</sup>. La définition d'un arbitre normalement soucieux

---

(20) Pour des hypothèses où la fraude a été retenue au soutien de l'annulation de la sentence arbitrale, v. Cass. 1<sup>er</sup> civ., 4 novembre 2015 (Vasarely), n° 14-22630 ; à paraître au *Bull. civ. I* ; *Rev. arb.* 2016.235, note F. de Berard ; *D. Actualités* 2015.2326, obs. X. Delpech ; *Procédures* 2016.19, note L. Weiller ; *D.* 2015, 2598, obs. Th. Clay : « *Mais attendu, qu'ayant retenu que les conditions dans lesquelles l'arbitrage avait été décidé, organisé et conduit en faisaient un simulacre de procédure mise en place par les héritiers de l'artiste pour favoriser leurs intérêts au détriment de ceux de la Fondation, la cour d'appel a pu, hors toute dénégation, en déduire l'existence d'une fraude à l'arbitrage contraire à l'ordre public* » ; v. aussi, Cass. 1<sup>er</sup> civ., 30 juin 2016 (Tapie / CDR), n° 15-13.755, à paraître au *Bull. civ. I*, *D.* 2016. 1505, et 2025, obs. L. d'Avout, spéc. p. 2034 ; *JCP* 2016. 954, note S. Bollée, et 1020, § 10, obs. C. Nourissat ; *Procédures* 2016. 290, note L. Weiller ; *Lexbase* 8 sept. 2016, n° 667, obs. D. Mouralis. ; *D.* 2016, 2599, obs. Th. Clay.

(21) E. Loquin, obs. sous Cass. 1<sup>er</sup> civ., 15 janvier 2014, *RTD com.* 2014.315.

(22) E. Loquin, *op. cit.* ; M. Henry, *op. cit.*, n° 6 ; P. Chevalier, *op. cit.* ; J.-S. Borghetti, *op. cit.*, n° 19.

(23) Par ex., Cass. com., 12 juillet 2011, pourvoi n° 10-14.821 ; Cass. com., 12 mars 2013, pourvoi n° 11-25.183.

(24) Cass. com. 12 mars 2013, pourvoi n° 11-25.183 ; Cass. com. 17 novembre 1992, *Bull. IV*, n° 366.

(25) TGI Paris, 13 juin 1990 (Bompard), *Rev. arb.* 1996.476.

de ses devoirs pourra donner lieu à des appréciations diverses mais l'on pourrait envisager que la Cour de cassation exerce son contrôle de légalité sur cette notion et assure ainsi l'unité souhaitable.

Si la limite exacte de l'immunité dont jouit l'arbitre reste encore à préciser, il paraît acquis que seule une faute lourde sera de nature à justifier la levée de cette immunité. Et à cet égard encore, le droit français s'inscrit dans un courant très majoritaire en droit comparé. Les pays de tradition civiliste, à défaut de reconnaître une véritable immunité, encadrent généralement de façon stricte la possibilité d'engager la responsabilité de l'arbitre. À titre d'exemple, le droit espagnol prévoit que l'arbitre pourra être tenu responsable « pour les dommages et intérêts causés par mauvaise foi, imprudence grave ou dol »<sup>26</sup>. Quant aux droits qui reconnaissent a priori une immunité absolue aux arbitres, ils admettent le plus souvent qu'elle doit pouvoir être écartée dans des circonstances exceptionnelles<sup>27</sup>. Ainsi, en Angleterre, l'article 29(1) de l'*Arbitration Act* dispose qu'« un arbitre n'est aucunement responsable des actes ou omissions intervenus dans le cadre de l'accomplissement ou l'accomplissement supposé de ses fonctions d'arbitre à moins qu'il ne soit démontré que l'acte ou l'omission en cause résultaient de sa mauvaise foi ».<sup>28</sup>

## B. La responsabilité contractuelle de l'arbitre

En droit français, l'immunité de l'arbitre se heurte aux principes de la responsabilité civile contractuelle. On ne saurait en effet perdre de vue que « *comme tout contractant, l'arbitre doit exécuter les obligations qu'il a souscrites* »<sup>29</sup>. C'est pourquoi, chaque fois que la faute reprochée n'est

(26) Article 21.1 de la Loi 60/2003 du 23 décembre 2003 relative à l'arbitrage. V. aussi, au Portugal, article 9 de la loi sur l'arbitrage de 2011 ; au Pérou, l'article 32 de la Loi n° 1071, décret relatif à l'arbitrage, v. Annexe n°3. Dans le même esprit, v. en Italie, l'article 813 du Code de procédure civile ; en Autriche, § 594 ZPO.

(27) Même aux États-Unis, où l'immunité reconnue aux arbitres est parfois décrite comme absolue, la jurisprudence a déjà admis que l'arbitre puisse voir sa responsabilité engagée, notamment lorsqu'il s'abstient de rendre sa sentence, v. par ex., *EC Ernst Inc. V. Manhattan*, 551 F.2d 1026 (5th Cir. 1977) ; v. Annexe n° 1.

(28) Sur le droit anglais, v. Annexe n° 2. Des dispositions similaires existent en Australie (*Arbitration Act* 2011, § 28), à Singapour (*International Arbitration Act* 2012, § 25) ou encore en Écosse (*Arbitration Act* 2010, § 73).

(29) Th. Clay, *L'arbitre*, Dalloz, 2001, n° 928.

pas intimement liée au contenu du jugement de l'arbitre, le droit français reconnaît aux parties le droit de demander réparation du dommage subi.

Dès 1960, la Cour de cassation précisait que « l'action en dommages-intérêts dirigée contre [les arbitres] à raison de l'accomplissement de leur mission ne peut l'être que dans les conditions de droit commun »<sup>30</sup>. Il est vrai que la question, alors posée à la Cour de cassation, portait sur la possibilité de mettre en œuvre la procédure de prise à partie, procédure extraordinaire qui permettait à l'époque la mise en cause de la responsabilité des juges étatiques. L'arbitre étant un juge privé, la solution semblait s'imposer. Il n'en reste pas moins que la Cour de cassation aurait pu se saisir de l'occasion pour reconnaître une certaine immunité aux arbitres. En se bornant à une référence au droit commun de la responsabilité civile, la Cour de cassation admettait déjà, implicitement, qu'aucun obstacle ne s'opposait en principe à la mise en cause de la responsabilité contractuelle des arbitres.

Plusieurs arrêts des juridictions du fond ont ensuite confirmé que la responsabilité de l'arbitre pouvait être engagée à certaines conditions, selon les principes de droit commun, lorsque sa faute ne ressort pas directement du fond de la décision qu'il a rendue<sup>31</sup>. Il faudra toutefois attendre le XXI<sup>e</sup> siècle pour que la Cour de cassation dispose de l'occasion de confirmer cette solution. Les deux arrêts, rendus en 2005 et 2010, méritent à cet égard d'être rapportés.

Les faits de la première affaire sont assez simples, et nous nous bornerons à les rappeler brièvement<sup>32</sup>. Lors de l'exécution d'une cession d'actions, un litige est survenu entre les parties à propos du montant définitif du prix. Les parties ont conclu un compromis d'arbitrage afin de voir trancher cette difficulté. Chaque partie a nommé un arbitre, et les deux arbitres

(30) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 29 janvier 1960, *Bull.* II, n° 80.

(31) TGI Paris, 13 juin 1990 et Paris, 22 mai 1991 (Bompard), *Rev. arb.*, 1996.476 ; TGI Paris, 12 mai 1993, *Rev. arb.*, 1996.411, et Paris, 12 octobre 1995, *Rev. arb.*, 1999.324, note Ph. Fouchard.

(32) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 décembre 2005 (L. et B. Juliet c. Messieurs P. Catagnet, P. Couilleaux et A. Biotteau), *Bull. civ.* I, n° 462 ; *JCP* 2006.II.10066, note Th. Clay ; D. 2006.274, note P.-Y. Gautier ; *JCP éd. E*, 2006.1284, note G. Chabot ; *JCP éd. E*, 2006.1395, obs. J. Paillusseau ; publié aussi in *JCP* 2006.I.129 ; *RTD civ.* 2006.144, obs. Ph. Thery ; *RTD com.* 2006.297, obs. E. Loquin ; *Rev. contrats* 2006.812, obs. G. Viney ; *SIAR* 2006, n° 1, p. 149, note L. Degos.

ainsi choisis se trouvant dans l'incapacité de se mettre d'accord sur le choix du président, celui-ci a été désigné par une ordonnance du juge des référés. Le tribunal arbitral ainsi constitué a rendu une sa sentence le 12 avril 1990. Toutefois, le compromis prévoyait que la sentence devait être rendue dans les 4 mois suivant la nomination du dernier arbitre. Ainsi, la sentence aurait dû être rendue avant le 21 mars 1990.

Quelques années plus tard, et pour ce motif, la cour d'appel Rennes a prononcé l'annulation de la sentence, puis elle a ordonné une expertise quant à la valeur des actions. Au vu de ce rapport, les parties ont transigé pour un prix, correspondant environ à 90 % du prix qui avait été retenu par les arbitres. Le cessionnaire intenta toutefois une action en responsabilité contre les trois arbitres.

La Cour d'appel d'Angers, saisie du litige, a adopté un raisonnement intéressant. Elle a d'abord jugé que la responsabilité de l'arbitre pouvait être engagée sur le terrain du droit commun. Puis, elle relevé que les arbitres avaient en l'espèce commis une faute en rendant leur sentence hors délai. Mais elle a ensuite souligné que « toutefois, la durée du procès arbitral ne dépend pas que des arbitres, et que les parties ont une part active au déroulement de l'instance » avant de conclure « qu'il s'ensuit que la responsabilité des arbitres ne peut être engagée du seul fait du non-respect par eux du délai d'arbitrage et qu'il appartient au demandeur [...] de démontrer la faute personnelle qu'auraient commise les arbitres, telle que le défaut de diligence caractérisé dans la conduite de la procédure arbitrale »<sup>33</sup>.

Saisie d'un pourvoi à l'encontre de cet arrêt, la Cour de cassation a censuré les juges du fond, au visa de l'article 1142 du Code civil, aux motifs que : « En statuant ainsi, alors **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,** la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

---

(33) Angers, 10 décembre 2002, citée par Ch. Jarrosson, note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 décembre 2005, *préc.*, n° 4.

Ce faisant, la Cour de cassation retient la responsabilité civile des arbitres, non pas pour dépassement de délai, comme certains commentateurs l'ont cru par erreur<sup>34</sup>, mais pour ne pas avoir demandé une prorogation de délai, ce qui n'est pas la même chose.

Dans la seconde affaire<sup>35</sup>, les parties avaient conclu un contrat international de gestion d'un réseau d'agents dans les ports maritimes. Un différend est survenu lors de la résiliation de l'accord et un arbitrage a débuté sur le fondement de la clause compromissoire contenue dans le contrat.

Courant 2002, les arbitres et les parties ont signé un procès-verbal organisant la procédure arbitrale. Une première sentence partielle, tranchant notamment des difficultés relatives à la compétence, a été rendue en août 2002. L'une des parties a demandé l'annulation de la sentence, demande rejetée par la Cour d'appel de Paris en septembre 2003. Quelques semaines plus tard, le tribunal arbitral a ordonné la reprise de l'instance mais le président du tribunal a démissionné, quelques jours après, pour des raisons de santé. En l'absence d'accord entre les coarbitres, le nouveau président a été nommé par le président du Tribunal de grande instance. La procédure a alors pu reprendre son cours et une première audience a eu lieu en janvier 2004. Le mois suivant, le tribunal a refusé de surseoir à statuer, comme il y était invité par l'une des parties en raison d'une procédure pénale en cours, et décidé que cette difficulté serait tranchée en même temps que le fond. Une seconde audience de procédure a eu lieu en avril 2004, puis une troisième audience de plaidoirie s'est déroulée en juillet. Le Tribunal qui s'était alors engagé à rendre sa sentence avant la fin de l'année 2004. En raison notamment d'incidents de procédure, le tribunal a repoussé ce terme à plusieurs reprises, annonçant finalement le 30 septembre 2005. Mais, en avril, le tribunal a demandé des nouvelles pièces aux parties. En juin 2005, après que le Président a refusé de démissionner comme il y était invité par l'une des parties, le Tribunal a décidé de suspendre son délibéré. C'est alors que les parties ont décidé de dessaisir les arbitres, qui ont pris acte de cette décision, sans rendre de sentence au fond.

---

(34) Ch. Jarrosson, note préc.

(35) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 novembre 2010, pourvoi n° 09-12352 ; *Bull. civ. I*, n° 233 ; *D.* 2010.2935, obs. Th. Clay ; *D.* 2010. *Act.* 2849, obs. X. Delpech ; *PA* 2011, n° 225-226, p. 120, note L. Degos ; *JCP* 2010.1236.

L'une des parties a ensuite introduit une action en responsabilité contre les arbitres. De manière surprenante face à tant de manquements, les juges du fond ont écarté la responsabilité des arbitres en estimant que les arbitres n'avaient pas commis de faute et que la durée de la procédure résultait de la complexité de l'affaire et de l'attitude des parties<sup>36</sup>. La Cour de cassation a pourtant rejeté le pourvoi aux motifs que :

« L'arrêt relève, d'abord, que le tribunal arbitral a rendu une sentence préalable le 26 août 2002 dont le recours en annulation a été rejeté par arrêt du 18 septembre 2003, que le président, M. A..., a démissionné et n'a été remplacé par le juge d'appui que le 24 novembre 2003, date avant laquelle la responsabilité de M. B... ne peut être recherchée, puis, qu'après l'audience du 30 janvier 2004, le CNC ayant sollicité un sursis à statuer en l'état d'une plainte pénale, un nouveau calendrier de procédure a été fixé et un autre à l'issue de l'audience de plaidoiries des 6 et 7 juillet 2004, une sentence étant prévue fin février 2005, ensuite, qu'en décembre 2004, M. X... et la société CNCA-CEC ont sollicité le rejet de la nouvelle demande de délai présentée par le CNC, encore, qu'une nouvelle audience a été tenue en mars 2005, de nouvelles pièces étant réclamées aux parties et l'affaire mise en délibéré au 30 septembre 2005 ; que, de ces faits souverainement constatés, la cour d'appel a pu déduire, sans encourir les griefs du moyen, d'une part que la demande d'une note aux parties le 6 juin 2005 et le refus de démission de M. B... constituaient l'exercice du pouvoir juridictionnel des arbitres susceptible de donner lieu à recours en annulation de la sentence et non de caractériser une faute dans l'exécution du contrat d'arbitre, d'autre part que le calendrier de procédure avait été fixé puis réactualisé en fonction des nombreux incidents ayant émaillé la procédure pour tenir compte de la complexité de la procédure et de l'antagonisme entre les parties et enfin que la suspension du délibéré à partir du 10 juin 2005 ne pouvait être reprochée aux arbitres dont le dessaisissement était demandé, de sorte que l'action en responsabilité des arbitres, qui ne sont tenus que d'une obligation de moyens, ne pouvait être accueillie ».

---

(36) Paris 6 novembre 2008, rép. gén. n° 07/01898 ; D. 2008.3115, obs. Th. Clay ; D. 2009.538, note D. Mainguy ; PA 2009, n° 53, p. 18, note L. Degos ; *Rev. arb.* 2009.376, note Ph. Leboulanger ; *Spain Arb. Rev.* 2011.126, obs. S. Adell ; Cass. 1<sup>o</sup> civ., 17 novembre 2010, pourvoi n° 09-12352, *Bull. civ. I*, n° 233 ; D. 2010.2935, obs. Th. Clay ; D. 2010.Act.2849, obs. X. Delpech ; PA 2011, n° 225-226, p. 120, note L. Degos ; *JCP* 2010.1236.

Deux constats s'imposent à la lecture de ces deux arrêts. Un premier positif d'abord. La responsabilité de l'arbitre peut assurément être engagée pour ne pas avoir demandé une prorogation de délai, ce que la réforme de 2011 lui autorise à faire de manière individuelle même sans l'accord de ses coarbitres (article 1460 CPC). Ce faisant, la réforme de 2011 individualise bien la responsabilité civile de chaque arbitre au sein du tribunal arbitral, et identifie ainsi l'existence de contrats d'arbitre indépendants entre eux<sup>37</sup>. À ce propos, on relèvera utilement que l'étude du droit comparé confirme que la question du respect des délais par les arbitres constitue une préoccupation essentielle des parties. Déjà, on ne peut manquer de constater que plusieurs droits prévoient expressément sinon la possibilité d'engager la responsabilité de l'arbitre lorsqu'il dépasse les délais convenus<sup>38</sup>, au moins une véritable obligation de l'arbitre de rendre leur sentence dans un délai raisonnable<sup>39</sup>. Au-delà, il apparaît que la majorité des droits étatiques reconnaissent en tout cas la possibilité d'engager, dans une certaine mesure, la responsabilité de l'arbitre lorsqu'il méconnaît les délais qu'il s'était engagé à respecter<sup>40</sup>.

Un second, plus négatif, ensuite. En l'absence de délai défini, ce qui est le cas dans l'arbitrage international, c'est sur le terrain de l'absence de célérité que la responsabilité de l'arbitre peut être recherchée. Mais elle est plus difficile à établir. Cependant l'arrêt ici rappelé de 2010 est a été rendu avant l'adoption du le nouvel article 1464 du Code de procédure qui pose bien une obligation de célérité à la charge des arbitres – et des parties.

(37) Th. CLAY, *Code de l'arbitrage commenté*, préface de L. Cadiet, spéc. n° 55 et sous art. 1460.

(38) C'est notamment le cas du droit argentin (v. art. 756 du Code de procédure civile et commerciale), du droit autrichien (v. § 594 ZPO), ou encore du droit Italien (art. 813 du Code de procédure civile).

(39) V. article 14 de la Loi type CNUDCCI ; en Angleterre, art. 33 du *Arbitration Act* ; en Suède, article 17 de la Loi relative à l'arbitrage ; pour le droit suisse, v. Annexe 4.

(40) C'est ce qui a été jugé aux Etats-Unis, v. *EC Ernst Inc. V. Manhattan*, 551 F.2d 1026 (5th Cir. 1977) : « where his action or inaction can fairly be characterized as delay or failure to decide rather than timely decision-making, he loses his resemblance to a judge » ; v. aussi, *Baar v. Tigerman*, 189 Cal.Rptr 834 (Cal. App. 1983).

## II. Le régime de responsabilité civile de l'arbitre

Lorsque l'on s'intéresse aux détails du régime de la responsabilité civile de l'arbitre, on ne peut manquer de constater que plusieurs points suscitent encore des hésitations.

### A. Sur la frontière entre ce qui relève du bien jugé et de la manière dont la décision a été prise

Pertinente, la distinction entre le bien jugé, pour lequel l'arbitre bénéficie d'une immunité, et la manière dont il a rendu sa décision, qui peut le voir reconnu comme civilement responsable, ne s'impose pas toujours avec la force de l'évidence. Aussi bien, sauf à prouver une faute dolosive ou assimilée, les parties ne peuvent-elles pas agir en responsabilité contre un arbitre qui aurait mal jugé. Mais lorsque l'on s'interroge sur les autres manquements susceptibles d'être couverts par l'immunité, les choses sont plus incertaines.

Quid par exemple d'une violation du principe du contradictoire ? L'arbitre dont la sentence a été annulée pour ce motif risque-t-il de voir engager sa responsabilité contractuelle, ou alors, peut-il invoquer l'absence de faute caractérisée ? On peut penser que les juridictions françaises refuseraient de condamner l'arbitre à moins qu'un manquement d'une particulière gravité lui soit reproché.

Que dire de ses obligations d'indépendance et d'impartialité ? Au regard de la jurisprudence disponible, il semble que la violation de celles-ci puisse être sanctionnée selon le droit commun de la responsabilité. Dans l'affaire *Raoul Duval*, les juges du fond ont en effet estimé que la faute consistant en un défaut de révélation pouvait engager la responsabilité de l'arbitre, fondée sur sa « faute contractuelle », selon les règles de droit de la responsabilité civile contractuelle<sup>41</sup>. On a alors pu estimer qu'une faute caractérisée était de *facto* requise pour retenir cette responsabilité<sup>42</sup>. La récente consécration d'un devoir de loyauté à la charge de

(41) TGI Paris, 12 mai 1993 et Paris, 12 octobre 1995, (*Raoul Duval*), *Rev. arb.*, 1999.324, note Ph. Fouchard.

(42) Th. Clay, *L'arbitre*, Dalloz, 2001, n° 932 : « Même l'arrêt *Raoul Duval* précité a tempéré la rigueur de sa propre appréciation en exigeant une faute caractérisée pour que la responsabilité de l'arbitre soit engagée ». V. aussi, Ph. Fouchard, note sous Paris 12 octobre 1995, *Rev. arb.*, 1999, p. 327.



l'arbitre semble donner un fondement propice à la sanction, selon les règles de droit commun, de la violation par l'arbitre de ses obligations d'indépendance et d'impartialité.

## **B. Sur la nature des obligations contractuelles de l'arbitre**

Dans le cadre de leur responsabilité contractuelle, la nature des obligations à la charge des arbitres fait débat. En droit français, on distingue traditionnellement les obligations de moyens des obligations de résultat, selon que le débiteur de la prestation s'engage à la réaliser, ou plus modestement, à faire preuve de toute la diligence nécessaire pour y parvenir.

Une conséquence importante est attachée à la distinction. Tandis que le débiteur d'une obligation de résultat engage sa responsabilité du seul fait de l'inexécution de l'obligation, le débiteur d'une obligation de moyens sera seulement tenu de réparer le dommage causé par l'inexécution s'il a commis une faute.

Transposée dans l'arbitrage, on peut certainement considérer que seules les obligations « dont l'exécution ne risque pas d'être perturbée par l'intervention des litigants »<sup>43</sup> peuvent être qualifiées d'obligation de résultat, et qu'au contraire, chaque fois que les parties participent à l'exécution de l'obligation de l'arbitre, celle-ci ne peut être qu'une simple obligation de moyen. Toutefois, il faut reconnaître que la distinction, parmi les obligations à la charge de l'arbitre, des obligations de résultat et de moyens ne va pas toujours de soi. D'abord, parce que certains contestent la pertinence même de la transposition de cette distinction, dénoncée comme inutile, dans l'arbitrage<sup>44</sup>. Ensuite, parce que les autres ne s'accordent pas toujours, à l'image de la jurisprudence, sur ce qui relève de l'une ou de l'autre des catégories.

---

(43) Th. Clay, *op. cit.*, n° 935.

(44) J.-S. Borghetti, *note précitée*, n° 25.

L'exemple de l'obligation pour l'arbitre de respecter les délais de l'arbitrage fournit un exemple saisissant de ces difficultés. Dans l'arrêt du 6 décembre 2005<sup>45</sup>, la Cour de cassation a expressément consacré une obligation de résultat à la charge des arbitres de demander une prorogation du délai d'arbitrage — ce qui ne tient qu'à eux — et une obligation de moyens de respecter le délai d'arbitrage — qui dépend aussi des litigants. Cette solution sera confirmée dans l'arrêt rendu le 17 novembre 2010<sup>46</sup> par lequel la Cour de cassation a estimé que les arbitres étaient tenus d'une obligation de moyens à propos du respect des délais.

Pour terminer sur ce point, on rappellera utilement que l'obligation de révélation, si elle a pu être analysée comme une obligation de moyens<sup>47</sup>, c'était dans un arrêt antérieur à la très forte extension qu'elle a connue. Si l'on peut penser que la jurisprudence n'entend pas faire de cette obligation, une véritable obligation de résultat, il faut certainement considérer que l'arbitre est à cet égard tenu par une obligation de moyens renforcés. Autrement dit, le respect par l'arbitre de son obligation sera contrôlé « avec plus de rigueur » que s'il était tenu par une simple obligation de moyens, sans pour autant que tout manquement, même insignifiant, engage automatiquement la responsabilité de l'arbitre. Cette précision devrait permettre d'éviter que de faux conflits d'intérêts puissent servir de prétexte à des actions en responsabilité injustifiées.

### C. Sur l'efficacité et la portée des clauses exonératoires de responsabilité

Lorsque les parties reprochent à l'arbitre d'avoir commis une faute dans l'exercice de sa mission juridictionnelle, la clause limitative de responsabilité n'aura guère de rôle à jouer<sup>48</sup>. En effet, en droit français, une telle clause peut être écartée, soit lorsqu'elle contredit les obligations essentielles

---

(45) Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 décembre 2005, *préc.*

(46) Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 17 novembre 2010, *préc.*

(47) Paris, 12 octobre 1995 (Raoul Duval). La cour a exigé que l'arbitre ait commis une faute personnelle pour engager sa responsabilité. On en déduit que certains manquements à l'obligation de révélation ne permettraient pas de mettre en jeu la responsabilité de l'arbitre.

(48) M. Henry, « La responsabilité de l'arbitre pour reddition de la sentence tardive », *Paris Journ. Intern. Arb.* 2015, n° 15 ; en ce sens également, J.-S. Borgetti, *note préc.*, p. 521, n° 34.

du contrat<sup>49</sup>, soit lorsqu'il est établi que le débiteur a commis une faute lourde ou dolosive. Or, aux termes de la jurisprudence rapportée, la responsabilité de l'arbitre ne peut être recherchée que si une faute « équivalente au dol ou constitutive d'une fraude, d'une faute lourde ou d'un déni de justice » est alléguée. Aussi bien, la protection apportée par une clause serait-elle surfaite pour partie – la protection est de droit lorsqu'en cas de faute non qualifiée – et inopérante pour le reste – la protection est inefficace en cas de faute qualifiée.

Lorsque ce sont les obligations contractuelles de l'arbitre qui sont en jeu, la clause limitative de responsabilité pourrait avoir une certaine influence. La difficulté a été évoquée dans certaines affaires.

Dans une affaire, au demeurant particulière – c'était la responsabilité de la CCI, et non celle des arbitres, qui était recherchée – les premiers juges ont considéré que la clause exonératoire de responsabilité, insérée dans le Règlement d'arbitrage de la Cour internationale d'arbitrage, était licite. Ils ont également souligné « qu'aucune faute intentionnelle, inexcusable et lourde, assimilable au dol – qui pourrait limiter l'application de cette clause de non responsabilité – n'est invoquée »<sup>50</sup>. Mais, la Cour d'appel a retenu une analyse bien différente. Elle a considéré « 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 »<sup>51</sup>.

Dans un arrêt du 31 mars 2015, la Cour d'appel de Paris, confrontée cette fois à une mise en jeu de la responsabilité civile des arbitres, a adopté une solution surprenante. Après avoir souligné que les fautes des arbitres étaient indépendantes de l'exercice de leur mission juridictionnelle, les

(49) V. par exemple, Cass. 3<sup>e</sup> civ., 23 mai 2013, pourvoi n° 12-11.652 ; Cass. com. 29 juin 2010, pourvoi n° 08-11.841, *Bull. IV*, n° 115.

(50) TGI Paris 10 octobre 2007 (SNF), *D.* 2007.2916, note Th. Clay ; *D.* 2008.190, obs. Th. Clay ; *PA* 2008, n° 60-61, p. 32, note E. Loquin.

(51) Paris 22 janvier 2009 (SNF), *Clunet* 2009.617, note Th. Clay ; *PA* 2009, n° 143, p. 16, obs. C. Jallamion ; *D.* 2009.2969, obs. Th. Clay ; *RTD com.* 2010.542, obs. E. Loquin ; *Paris Journ. Intern. Arb.* 2010.219, note Y. Derains et C. Schroeder ; *Journ. of Intern. Arb.*, vol. 26, n° 4, 2009.579, obs. L. Kiffer ; *SIAR* 2009, vol. n° 1, p. 13, obs. E. Kleiman ; *JCP* 2009.I.148 § 12, obs. J. Ortscheidt ; *Spain Arb. Rev.* 2009/6, p. 138, note V. Allan.

juges ont considéré que les arbitres « ont engagé leur responsabilité en ne prenant pas les initiatives procédurales qui leur incombaient, sans pouvoir invoquer pour y échapper ni l'article 1.5 du compromis d'arbitrage qui stipule que « Les arbitres ne sont responsables envers quiconque de tout fait, acte ou omission en relation avec le présent arbitrage » ni l'article 34 du règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale qui énonce que « (...) les arbitres (...) ne sont responsables envers quiconque de tout fait, acte ou omission en relation avec un arbitrage », **ces dispositions n'étant que la transposition de l'immunité reconnue aux arbitres dans l'exercice de leur fonction de juger** »<sup>52</sup>.

En somme, selon la Cour d'appel de Paris, l'immunité ne porte que sur ce qui relève des obligations juridictionnelles de l'arbitre. Les clauses limitatives de responsabilité ne couvrent pas, sauf si elles en disposent expressément autrement, les obligations qui n'y sont pas directement liées. Il est vrai que ce que fonde l'immunité est la nature de la mission juridictionnelle et non pas les obligations accessoires. Celles-ci peuvent néanmoins bénéficier de la clause limitative de responsabilité prévue dans le règlement d'arbitrage ou dans le compromis. Cela rejoint d'ailleurs un précédent arrêt de la Cour d'appel, de 2009, déjà cité qui, appliquant le droit commun des clauses limitatives de responsabilité, avait rappelé que celles-ci ne peuvent exonérer la faute lourde ou l'inexécution de l'obligation essentielle.

C'est du reste la position qui avait été fort justement adoptée par les premiers juges qui avaient jugé qu'« en présence d'une telle clause [...], la Banque Debulac ne peut mettre en cause la responsabilité des arbitres en alléguant un dépassement du délai d'arbitrage sauf à démontrer une faute lourde ».

On ne peut qu'approuver cette position tant on ne voit pas ce qui justifierait que les clauses limitatives de responsabilité des arbitres ne soient pas soumises au droit commun. En somme, de telles clauses doivent être considérées comme valables dans la mesure où elles ne portent pas sur les obligations essentielles de l'arbitre.

---

(52) Paris 31 mars 2015 (Delubac), *Rép. gén.* n° 14/05436 ; *Paris Journ. Intern. Arb.* 2015.313, note M. Henry ; *RTD civ.* 2015.612, obs. H. Barbier ; D. 2015.2596, obs. Th. Clay ; *Gaz. Pal.* 19-20 juin 2015, p. 20, obs. D. Bensaude.

## D. Sur l'étendue du préjudice réparable

La détermination du préjudice réparable suscite également quelques discussions<sup>53</sup>. On rappelle volontiers à cet égard que, pour être réparable, le préjudice doit être la conséquence directe du manquement reproché aux arbitres. Il ne fait guère de doute que les frais exposés à raison de l'instance pourront être indemnisés, tout particulièrement les honoraires des arbitres, au moins lorsque la faute aura entraîné l'annulation de la sentence.

De même, il est probable que l'indemnisation pour le retard à obtenir justice — quand bien même celle-ci serait obtenue finalement — pourrait faire l'objet d'une indemnisation, à la condition que le préjudice soit réel.

De manière générale, on peut estimer que les arbitres qui ont failli au point de voir leur responsabilité civile engagée, doivent risquer autre chose que le simple remboursement de leurs honoraires, sinon la reconnaissance de leur responsabilité serait privée d'effet sans pour autant bien sûr que cela aille jusqu'au montant du litige en jeu.

Plus délicate est la question de la possibilité de demander la réparation correspondant à une perte de chance d'obtenir gain de cause. À cet égard, la jurisprudence est loin d'être fixée.

Dans l'affaire *Raoul Duval*, les juges avaient estimé que le demandeur « ne justifie pas d'une réelle perte de chance de succès de ses procédures, dont le résultat n'est pas en l'état démontré »<sup>54</sup>. S'ils n'avaient pas définitivement fermé la porte à la prise en compte d'un tel préjudice, les juges s'étaient malgré tout montrés réticents à l'idée d'octroyer, du seul fait de l'annulation d'une sentence favorable, des dommages et intérêts correspondant à une perte de chance.

Dans l'arrêt précité de la Cour d'appel de Paris du 31 mars 2015, l'une des parties réclamait l'indemnisation de la perte de chance d'obtenir la somme qui lui avait été accordée par la sentence, et qui était supérieure à celle finalement obtenue au terme de la transaction, conclue par les parties, suite à l'annulation de la sentence. La Cour d'appel a rejeté la demande car, « en acceptant cet accord, [...] la banque a reconnu

(53) V. notamment, H. Barbier, « Mauvaise exécution du contrat et perte de chance », *RTD civ.*, 2015.612 ; M. Henry, note sous Paris, 31 mars 2015, *préc.* ; J-S. Borghetti, note *préc.*

(54) TGI Paris, 12 mai 1993 (*Raoul Duval*), *Rev. arb.*, 1996.411.

être remplie de ses droits » et partant « elle ne [pouvait] plus se prévaloir de la perte d'une chance de ne pas avoir pu bénéficier de la totalité des sommes allouées par la sentence annulée »<sup>55</sup>.

On ne peut manquer d'observer que le rejet des demandes, visant à l'indemnisation de la perte de chance, a été motivé, dans les deux cas, par les circonstances de l'espèce. Autrement dit, les juges du fond n'ont pas considéré qu'un tel préjudice était, par définition, exclu de l'assiette du préjudice réparable. Ils se sont contentés de constater que la réalité de ce préjudice n'était pas, dans ces deux espèces, établie.

Aussi bien, peut-on conclure que, même si le risque de condamnation au paiement de dommages et intérêts à raison d'une perte de chance d'obtenir gain de cause n'est pas exclu, en pratique, les juridictions françaises font preuve de pragmatisme si bien que seules des circonstances exceptionnelles devraient pouvoir justifier une telle condamnation.

En complément de cette analyse de l'étendue du préjudice réparable, il est utile de mentionner la question de l'assurance de l'arbitre. Il existe à cet égard, en France, une grande disparité entre les arbitres isolés et ceux qui exercent au sein d'une structure (en pratique, les cabinets d'avocats). Peut-être une solution pourrait-elle être recherchée dans une certaine mutualisation du risque – qui, il faut le répéter, demeure marginal.

Au terme de cet examen du droit français de la responsabilité civile de l'arbitre, éclairé par le droit comparé, deux constats s'imposent. D'un côté, malgré des présentations différentes, les droits de common law axés sur la notion d'immunité relative, et les droits de tradition civiliste, fondés sur un régime de responsabilité aménagée, convergent vers une protection de la fonction juridictionnelle de l'arbitre. D'un autre côté, le système de responsabilité aménagée, tel qu'il est conçu par le droit français, assure une plus grande intégrité de la justice arbitrale que les systèmes qui prévoient l'immunité de l'arbitre. En réalité, le droit français offre un système équilibré, en évitant en amont que l'arbitrage ne soit paralysé par les recours abusifs au juge judiciaire, tout en ménageant en aval la faculté d'engager la responsabilité de l'arbitre lorsque celui-ci a manqué de façon grave à ses devoirs et obligations.

---

(55) Paris 31 mars 2015 (Delubac), Rép. gén. n° 14/05436 ; *Paris Journ. Intern. Arb.* 2015.313, note M. Henry ; *RTD civ.* 2015.612, obs. H. Barbier ; *Gaz. Pal.* 19-20 juin 2015, p. 20, obs. D. Bensaude.

# CHAPITRE 2

## La responsabilité pénale de l'arbitre

---

Les arbitres mettent en jeu leur responsabilité pénale dans les conditions du droit commun. Ils sont soumis à toutes les infractions de droit commun et sont également visés par des infractions qui les concernent spécifiquement en raison de leur mission juridictionnelle<sup>56</sup>.

Ainsi, alors que la responsabilité civile des arbitres est atténuée, précisément en raison de cette mission juridictionnelle (cf. infra), leur responsabilité pénale ne fait paradoxalement l'objet d'aucune limitation. Cette différence de régimes s'explique par le fait que les comportements visés par la responsabilité pénale sont en principe d'une telle gravité qu'ils ne peuvent rester impunis.

De fait, les cas dans lesquels les arbitres ont fait l'objet de poursuites pénales demeurent exceptionnels. Plus rares encore sont les cas dans lesquels ces poursuites se sont conclues par une condamnation. Il faut y voir le reflet de la vertu naturelle des arbitres, qui sont choisis par les parties en raison de leurs qualités personnelles de morale, probité et éthique. Cela peut aussi s'expliquer par l'effet dissuasif de la responsabilité pénale. À cela s'ajoute le fait qu'engager la responsabilité pénale

---

(56) C'est également le cas des magistrats qui sont soumis aux infractions de droit commun et à des infractions spécifiques. Contrairement aux arbitres, les magistrats sont également visés par les infractions qui concernent les personnes dépositaires de l'autorité publique. Les magistrats sont, par exemple, visé par l'article 432-12, alinéa 1er du Code pénal qui incrimine la prise illégale d'intérêt. La situation d'un arbitre qui conserverait ou prendrait un intérêt dans une entreprise concernée par l'arbitrage serait résolue par l'obligation de révélation qui pèse sur l'arbitre et la possibilité pour les parties de demander sa récusation ou de remettre en cause la validité de la sentence pour défaut d'indépendance et d'impartialité.

d'un arbitre est un acte grave. Aucun avocat ne devrait accepter d'assister un client qui souhaiterait engager des poursuites pénales à l'encontre d'un arbitre alors que les faits ne sont pas avérés.

Cette retenue était sans nul doute de mise aux temps où l'arbitrage était le fait d'un petit nombre de spécialistes soucieux de leur réputation au sein de la communauté de l'arbitrage. Le développement de l'arbitrage s'est cependant accompagné d'une multiplication des acteurs et d'une judiciarisation des procédures, certaines parties et leurs conseils n'hésitant plus à mettre en œuvre des procédures d'obstruction pour tenter d'entraver le déroulement des arbitrages.

Faut-il craindre que les parties aient de plus en plus recours à l'arme pénale pour perturber l'arbitrage ? Faut-il dès lors atténuer la responsabilité pénale des arbitres ? Nous ne le croyons pas.

La menace que représente pour les arbitres la mise en jeu de leur responsabilité pénale est garante du bon déroulement des procédures arbitrales et donc, indirectement, de la moralité et de la réputation de l'institution arbitrale (I).

Il n'existe donc aucune raison de limiter le champ de la responsabilité pénale des arbitres, peu mise en œuvre mais dont l'effet dissuasif garantit la moralité de l'arbitrage. Une remise en cause de la responsabilité pénale de l'arbitre aurait l'effet pervers de conforter la réputation d'opacité que l'arbitrage, notamment international, peut avoir dans certains milieux éloignés de sa pratique. Cependant, il existe aujourd'hui un risque accru qu'une partie à un arbitrage engage des poursuites pénales contre un ou plusieurs arbitres dans le seul but de déstabiliser ou de bloquer la procédure arbitrale. De *lege ferenda*, il pourrait donc être envisagé un garde-fou procédural applicable exclusivement tant que la sentence finale n'a pas été rendue et qui consisterait à soumettre les poursuites pénales engagées contre des arbitres pour des infractions en lien avec la procédure arbitrale au filtre du parquet. Celui-ci aurait, durant l'arbitrage, le monopole de la mise en œuvre d'une procédure pénale contre les arbitres (II)



## **I. La responsabilité pénale de l'arbitre garante du bon déroulement de la procédure arbitrale**

La menace que représente la responsabilité pénale de l'arbitre est garante du bon comportement de celui-ci (A). Le risque pour l'arbitre de mettre en jeu sa responsabilité pénale en tant que complice des parties à l'arbitrage est également garante du non-dévoisement de la procédure arbitrale par les parties (B).

### **A. La responsabilité pénale de l'arbitre garante du bon comportement de l'arbitre**

Dans le cadre de sa mission, l'arbitre est susceptible de commettre plusieurs infractions qui répriment les comportements les plus graves et les plus contraires aux principes de l'arbitrage. Cette menace que représente pour l'arbitre la mise en jeu de sa responsabilité pénale est garante de son bon comportement et donc de la qualité de la procédure, tant il est vrai que « tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage », et, ultimement, de la réputation de l'institution arbitrale.

À ce titre, il est important de relever que l'article 1450 du Code de procédure civile (applicable à l'arbitrage interne) prévoit que « la mission d'arbitre ne peut être exercée que par une personne physique jouissant du plein exercice de ses droits » et que l'article 131-26 du Code pénal dispose que « l'interdiction des droits civiques, civils et de famille porte sur (...) 3° le droit d'exercer une fonction juridictionnelle ou d'être expert devant une juridiction, de représenter ou d'assister une partie devant la justice ».

La peine complémentaire d'interdiction des droits civiques est donc un obstacle à la désignation d'un arbitre (dans les arbitrages internes et dans les arbitrages internationaux ayant leur siège en France). Cette peine complémentaire, d'une durée maximale de cinq ans en matière délictuelle, concerne notamment les infractions de faux et d'usage (article 441-10), d'escroquerie (article 313-7 du Code pénal), la complicité de fraude fiscale (article 1741 du Code général des impôts), le blanchiment (article 324-7 du Code pénal) et la corruption (article 445-3 du Code pénal). Un arbitre qui commettrait une infraction et se verrait

infliger la peine complémentaire de perte des droits civiques, outre l'impact réputationnel décisif en pratique, ne pourrait plus être désigné en tant qu'arbitre pendant cinq ans.

Chronologiquement dans une procédure arbitrale, les premières infractions qui ont pu être reprochées à un arbitre sont les infractions de faux en écriture privée et usage de faux lors de la rédaction de son curriculum vitae ou de sa déclaration d'indépendance à l'occasion de l'exécution de son obligation de révélation (article 1456, alinéa 2 du Code de procédure civile applicable aux arbitrages internes et internationaux sur renvoi de l'article 1506-2°). L'infraction de faux a également été invoquée contre un arbitre au stade ultime de l'arbitrage pour des affirmations fausses incluses dans la sentence.

### ***1. Faux et usage de faux***

Le faux est défini par l'article 441-1 du Code pénal comme « toute altération frauduleuse de la vérité, de nature à causer un préjudice et accomplie par quelque moyen que ce soit, dans un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée qui a pour objet ou qui peut avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques ». Le faux et l'usage de faux sont punis de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

Les arbitres sont principalement concernés par l'infraction de faux intellectuel (altération de la vérité dans le contenu de l'écrit), plutôt que par celle de faux matériel (falsification matérielle d'un document existant ou contrefaçon de l'écriture d'autrui).

La jurisprudence refuse d'appliquer l'infraction de faux aux écrits de nature simplement représentative, c'est-à-dire aux déclarations unilatérales dont la « falsification ne confère aucun gain probatoire à son auteur »<sup>57</sup> et dont le curriculum vitae et la déclaration d'indépendance semblent faire partie. Un mensonge dans un de ces documents, qui n'ont pas « pour objet ou (...) pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait », ne devrait donc pas constituer un faux intellectuel, ni leur transmission aux parties l'usage de ce faux.

---

(57) M. Segonds, *J-cl. Pénal*, fasc. 10 « Faux », spéc. n° 23.

La doctrine arbitrale est généralement hostile à la mise en cause de la responsabilité pénale de l'arbitre pour faux à l'occasion de la rédaction de son curriculum vitae ou de sa déclaration d'indépendance, qu'elle considère comme inadaptée et excessive<sup>58</sup>.

Il est certain que les délits intentionnels de faux et d'usage ne peuvent pas être invoqués dans les situations où un arbitre a, par négligence ou erreur, omis de mentionner un élément pertinent dans sa déclaration d'indépendance. Il en est ainsi par exemple, lorsqu'un avocat d'un cabinet international, commet cette erreur en raison d'une déficience technique à l'occasion de la mise en œuvre de la procédure informatique de vérification des conflits d'intérêts du cabinet. Ces omissions ou inexactitudes le plus souvent involontaires ne relèvent pas d'une qualification pénale.

Pour autant de telles incriminations ne devraient pas être exclues dans les cas les plus graves où l'arbitre a sciemment soumis une déclaration d'indépendance mensongère afin d'induire les parties en erreur quant à son indépendance et donc éventuellement quant à son impartialité. La responsabilité pénale remplirait alors son rôle de garde-fou en réprimant les comportements les plus contraires aux principes de l'arbitrage.

Ainsi, un arbitre a-t-il été mis en examen pour faux et usage de faux dans l'affaire de l'arbitrage Tapie (il avait été mis en examen quelques jours plus tôt pour escroquerie en bande organisée). Les juges d'instruction lui reprochent d'avoir minimisé ses relations avec Bernard Tapie et surtout avec l'avocat de celui-ci et estiment que sa déclaration d'indépendance pourrait dès lors constituer un faux intellectuel par omission<sup>59</sup>.

Au dernier stade de la procédure, l'infraction de faux en écriture privée pourrait être commise par l'arbitre qui rédigerait une sentence comprenant des affirmations qu'il saurait être fausses. En effet, il ne fait aucun doute que la sentence « a pour objet ou (...) peut avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques ».

---

(58) Lors d'un atelier du groupe de travail « Pratique arbitrale » du Comité français de l'Arbitrage tenu le 16 avril 2015, « de l'avis général, il a été reconnu que la mise en cause de la responsabilité pénale de l'arbitre pour faux en écriture en cas de déclaration incomplète était une sanction excessive et inadaptée à une déclaration d'indépendance incomplète » (« L'obligation de révélation aspects pratiques pour les arbitres et pour les parties », *Rev. arb.* 2016, p. 367).

(59) Cass. crim., 19 janvier 2016, n° 15-81.039.

Il s'agirait d'un faux en écriture privée (sanctionné par 3 ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende, d'après l'article 441-1 du Code pénal), qui pourrait éventuellement devenir un faux en écriture publique (sanctionné par 10 ans d'emprisonnement et 150 000 € d'amende par l'article 441-4 du Code pénal) si la sentence faisait l'objet d'un exequatur judiciaire.

Le faux peut également être un élément constitutif de l'infraction d'escroquerie. Si une partie et un ou plusieurs arbitres s'accordent pour qu'une sentence soit rendue en fraude des droits de l'autre partie, les mensonges et omissions dans la déclaration d'indépendance pourraient caractériser les manœuvres frauduleuses requises par l'escroquerie.

## 2. Escroquerie

Si la procédure arbitrale elle-même est frauduleuse du fait d'une collusion entre une partie et un arbitre, l'infraction d'escroquerie peut être envisagée.

L'article 313-1 du Code pénal définit l'escroquerie comme « le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge ». L'escroquerie est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende. Ces peines sont portées à dix ans d'emprisonnement et à 1 000 000 euros d'amende lorsque l'escroquerie est commise en bande organisée (article 313-2 du Code pénal).

Trois affaires, dont deux récentes, illustrent cette possible application de l'escroquerie à l'arbitrage. Dans une première affaire plus ancienne, une société canadienne avait été atraite par une société française devant le « Centre national d'arbitrage », une institution d'arbitrage imaginaire créée de toutes pièces pour mener une procédure d'arbitrage. Le président de cette « institution », qui était intervenu comme « arbitre » dans le cadre du simulacre d'arbitrage organisé en collusion avec la partie française et dont la seule finalité était d'escroquer la défenderesse, a été condamné à trois ans de prison ferme pour escroquerie, faux et usage de faux<sup>60</sup>.

(60) Ph. Fouchard, « Synthèse - Typologie des institutions d'arbitrage », *Rev. arb.* 1990, pp. 281 - 309.

Plus récemment, dans l'arbitrage Tapie, un seul des trois arbitres a été mis en examen pour escroquerie en bande organisée. Certains éléments rapportés par la presse suggèrent qu'il serait reproché à cet arbitre d'être intervenu en faveur de Bernard Tapie, en concertation avec l'avocat de celui-ci, dès avant sa désignation comme arbitre. Bernard Tapie et son avocat ont également été mis en examen pour escroquerie en bande organisée.

Dans la troisième affaire, un arbitre a également été mis en examen pour escroquerie. Deux régions d'un État qui avaient conclu un contrat avec une société dissoute par la suite sans que le contrat ne soit exécuté, ont entamé une procédure d'arbitrage ad hoc à Stockholm sous l'égide du règlement d'arbitrage CNUDCI. La défenderesse ayant été dissoute, les demanderesses ont demandé au Président du Tribunal de commerce de Nanterre, dans le cadre d'une procédure non contradictoire, de désigner un mandataire ad hoc pour représenter la société pour les nécessités de l'arbitrage. Ce mandataire a lui-même désigné un arbitre. La société-mère de la défenderesse a dénoncé pénalement le comportement de l'arbitre en lui reprochant d'avoir minimisé ses relations avec le mandataire qui avait proposé sa désignation et se s'être entendu avec celui-ci, au détriment des intérêts de la défenderesse<sup>61</sup>.

Au-delà de l'escroquerie, l'arbitre qui solliciterait ou accepterait un avantage d'une partie pour influencer en sa faveur au sein du tribunal commettrait les infractions de corruption et de trafic d'influence.

### ***3. Corruption et trafic d'influence passifs***

Comme pour les magistrats, les infractions de corruption et de trafic d'influence passifs sont spécifiquement prévues pour les arbitres. Ces infractions entrent généralement dans la catégorie des « entraves à l'exercice de la justice » (Section 2 du Chapitre IV du Titre III du Livre IV du Code pénal).

---

(61) B. Bissuel, « Mise en examen d'un ex-président du tribunal de commerce de Paris », *Le Monde*, 19 novembre 2012.

Le Code pénal distingue l'arbitre qui exerce « sa mission sous l'empire du droit national sur l'arbitrage »<sup>62</sup> de celui qui l'exerce « sous l'empire du droit d'un État étranger sur l'arbitrage »<sup>63</sup>, sans que cette distinction n'ait une quelconque conséquence sur la définition de l'infraction, ni sur le quantum des sanctions qui sont identiques pour ces deux catégories d'arbitres.

La corruption passive (dix ans d'emprisonnement et amende de 1 000 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction d'après les articles 434-9 et 435-7 du Code pénal) est plus sévèrement punie que le trafic d'influence passif (cinq ans d'emprisonnement et amende de 500 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, d'après l'article 434-9-1 du Code pénal)<sup>64</sup>. Or, l'infraction de corruption est définie de façon suffisamment large pour que le recours au trafic d'influence soit inutile.

En effet, la corruption passive est définie comme le fait « de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour lui-même ou pour autrui, pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenu d'accomplir un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction » (articles 434-9 et 435-7 du Code pénal).

L'arbitre qui accepterait d'une partie un avantage pour influencer en sa faveur dans la décision du tribunal arbitral accomplirait un acte de sa fonction et commettrait l'infraction de corruption. Il commettrait également l'infraction, plus précisément définie et moins fortement réprimée, de trafic d'influence qui est définie comme le fait de monnayer « une influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir (...) toute décision » (article 434-9-1 du Code pénal).

---

(62) Articles 434-9, alinéa 1er du Code pénal pour la corruption et 434-9-1, alinéa 1<sup>er</sup> pour le trafic d'influence.

(63) Article 435-7 du Code pénal pour la corruption. Le trafic d'influence n'est pas sanctionné dans ce cas (article 435-8 du Code pénal qui ne vise que les personnes exerçant « *au sein ou auprès d'une cour internationale* »).

(64) Ce qui n'est pas le cas du trafic d'influence commis par une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public qui est également sanctionné par des peines de dix ans d'emprisonnement et d'une amende de 1 000 000 € (article 432-11 du code pénal).

L'arbitre qui solliciterait ou accepterait une commission occulte d'une partie pour prendre une décision en sa faveur pourrait également être poursuivi pour recel d'abus de biens sociaux<sup>65</sup>.

La protection de l'arbitrage par le droit pénal ne se limite pas à celle de l'impartialité de l'arbitre, elle s'étend à sa confidentialité, ce qui n'apparaît pas a priori aussi essentiel.

#### 4. Violation du secret de l'arbitrage

L'article 226-13 du Code pénal dispose que, « la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».

L'arbitre est détenteur d'informations confidentielles que les parties lui confient afin qu'il puisse trancher leur différend. Cette « mission temporaire » dont est chargé l'arbitre pourrait justifier la condamnation au titre de l'article 226-13 du Code pénal d'un arbitre violant la confidentialité

---

(65) Article L. 242-6 du Code de commerce applicable aux sociétés par actions et aux sociétés par actions simplifiées sur renvoi de l'article L. 244-1 du Code de commerce et décliné pour d'autres formes sociales (notamment article L. 241-3 du Code de commerce pour les sociétés à responsabilité limitée) : « Est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375 000 euros le fait pour : (...) 3° Le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement. » Depuis l'arrêt Carignon (Cass. crim., 27 oct. 1997, n° 96-83.698), la jurisprudence considère que « quel que soit l'avantage à court terme qu'elle peut procurer, l'utilisation des fonds sociaux ayant pour seul objet de commettre un délit tel que la corruption est contraire à l'intérêt social en ce qu'elle expose la personne morale au risque anormal de sanctions pénales ou fiscales contre elle-même et ses dirigeants et porte atteinte à son crédit et à sa réputation ». Voir notamment Wilfrid Jeandicler, Fascicule LexisNexis 132-20 : Administration – Abus des biens, du crédit, des pouvoirs ou des voix, n° 57.

de ces informations<sup>66</sup>. Il n'existe toutefois, aucune jurisprudence en ce sens. Le principe de confidentialité des arbitrages internes est prévu par le dernier alinéa de l'article 1464 du Code de procédure civile<sup>67</sup>, qui n'est pas applicable à l'arbitrage international, pour lequel aucun texte ne met à la charge de l'arbitre une obligation de confidentialité. Or, l'article 226-13 du Code pénal s'applique aux secrets reconnus légalement ou règlementairement<sup>68</sup>. L'infraction qu'il institue ne devrait donc être appliquée qu'aux arbitres intervenant dans des arbitrages internes.

Au sujet de l'obligation au secret professionnel pesant sur les arbitres, certains auteurs estiment qu'elle ne supprime pas l'obligation de déclaration de soupçon en matière de lutte anti-blanchiment dont sont débitrices certaines professions, comme celle des avocats dans le cadre de leur mission de conseil. Et d'en conclure qu'un avocat intervenant comme arbitre dans un litige qu'il ne trancherait pas du fait de la conclusion d'une transaction entre les parties à la rédaction de laquelle il aurait participé resterait soumis à son obligation de déclaration<sup>69</sup>, elle-même sanctionnée pénalement.

L'arbitre, soumis aux infractions de droit commun et visé par plusieurs infractions spécifiques, est donc dissuadé de violer les principes les plus essentiels de l'arbitrage. Cette dissuasion résulte tant de l'importance des sanctions que de l'atteinte à la réputation professionnelle qui serait susceptible d'en résulter.

---

(66) E. Loquin, J-cl. Com. Fasc. 1015 « Arbitrage – L'arbitre – Conditions d'exercice – Statut », n° 87 : « Il est vrai qu'en droit français les arbitres sont pénalement responsables s'ils révèlent les secrets que les parties leur confient. La convention d'arbitre les rend dépositaires, au sens de l'article 226-13 du Code pénal, des secrets qui leur sont confiés par les parties. C'est en effet la relation de confiance créée par la fonction ou l'état du dépositaire du secret avec le déposant qui justifie l'incrimination pénale. » Mais moins affirmatif, E. Loquin, J-cl. Com. Fasc. 1036 « Arbitrage – Instance arbitrale – Procédure devant les arbitres », n° 139 : « Il est permis de se demander si en droit français, l'existence d'une infraction sanctionnant pénalement la violation du secret donne à l'obligation de confidentialité une dimension pénale. (...) Aucune jurisprudence n'existe en ce sens de telle sorte que la réponse à la question posée est incertaine. » Voir aussi J.-L. Delvolvé, « Vraies et fausses confidences, ou les petites et les grands secrets de l'arbitrage », *Rev. arb.* 1996, p. 378.

(67) Article 1464, alinéa 4 du Code de procédure civile : « Sous réserve des obligations légales et à moins que les parties n'en disposent autrement, la procédure arbitrale est soumise au principe de confidentialité. »

(68) Cass. crim., 3 avr. 2002, n° 11-85.571.

(69) D. Chilstein, « Droit pénal et arbitrage », *Rev. arb.* 2009, p. 3, n° 39.



Outre ces infractions qui répriment les comportements les plus contraires à la morale et aux principes de l'arbitrage, assurant ainsi le bon comportement de l'arbitre, la responsabilité pénale de l'arbitre est, dans une certaine mesure, garante du bon comportement des parties. En effet, intervenant dans une procédure arbitrale constitutive d'une infraction pénale commise par les parties, l'arbitre est confronté au risque, s'il n'est pas vigilant, de se voir accuser de s'être rendu complice de cette infraction.

## **B. La responsabilité pénale de l'arbitre garante du bon comportement des parties**

### ***1. Le risque de mise en jeu de la responsabilité pénale de l'arbitre en tant que complice des parties***

La procédure d'arbitrage, qui aboutit généralement à la condamnation d'une partie à verser une somme d'argent à une autre pourrait être utilisée par des parties peu scrupuleuses pour blanchir de l'argent d'origine criminelle ou commettre le délit de fraude fiscale. Les procédés envisageables sont multiples et peuvent consister en la création artificielle d'un litige pour justifier un transfert d'argent illicite. Les parties peuvent également modifier les caractéristiques d'un litige existant pour bénéficier de façon induue d'un traitement fiscal plus favorable.

Pour éviter tout aléa quant à la décision finale, les parties pourraient conclure une transaction et demander au tribunal arbitral de constater leur accord dans une sentence d'accord-parties. Une telle sentence, qui se résume à une constatation et qui ne tranche pas le litige, ne revêt pas la qualité d'acte juridictionnel<sup>(70)</sup>. Elle bénéficie néanmoins des conditions d'exécution favorables prévues par la Convention de New York<sup>(71)</sup>.

---

(70) Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 14 nov. 2012, n° 11-24.238.

(71) R. Dupeyré, « Compte rendu de l'atelier de pratique arbitrale du CFA (instance arbitrale et procédures parallèles) », *Rev. arb.* 2001, pp. 335 - 340.

La signature de cette sentence par un arbitre en connaissance de cause pourrait donc également caractériser l'infraction de blanchiment ou de complicité de l'infraction commise par les parties<sup>72</sup>.

En effet, l'article 324-1 du Code pénal dispose que : « Le blanchiment est le fait de faciliter, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect... Le blanchiment est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende. » Ainsi, un arbitre qui participerait sciemment à une telle fraude en constatant une transaction conclue entre les parties pourrait être condamné pour blanchiment, sa décision constituerait en effet une « opération (...) de dissimulation » ou un acte de « justification mensongère de l'origine » d'un revenu dont bénéficie la partie qui reçoit des fonds à l'issue de l'arbitrage (article 324-1 du Code pénal).

Il est intéressant de noter, qu'étant donné la définition très large du blanchiment (« faciliter », « concours »), le recours à la notion de complicité de blanchiment est inutile.

Le délit de blanchiment étant intentionnel, il est nécessaire que soit démontrée la connaissance de l'arbitre de l'origine criminelle des fonds et sa volonté de justifier leur origine ou d'apporter son concours à leur dissimulation. La preuve de l'intention de l'arbitre pourra être apportée par un faisceau d'indices et par voie de présomptions<sup>73</sup>, notamment au regard du caractère inexistant du litige ou anormal de la procédure suivie. L'arbitre devra donc être vigilant afin que ce qui ne serait qu'une négligence ne suffise à caractériser la commission de l'infraction de blanchiment.

---

(72) Le règlement d'arbitrage CCI de 1998 a été modifié en 2011 pour permettre aux arbitres de refuser de rendre une sentence d'accord-parties. L'article 26 du règlement de 1998 prévoyait que : « Si les parties se mettent d'accord alors que le tribunal arbitral est saisi du dossier dans les termes de l'article 13, le fait peut, à la demande des parties et avec l'accord du tribunal arbitral, être constaté par une sentence rendue d'accord parties. » Le nouvel article 32 du règlement prévoit désormais que : « Si les parties se mettent d'accord pour régler leur différend à l'amiable alors que le tribunal arbitral a été saisi du dossier conformément à l'article 16, ce règlement à l'amiable peut, à la demande des parties et avec l'accord du tribunal arbitral, être constaté par une sentence d'accord parties. »

(73) M. Daury-Fauveau, *J-cl. Penal*, Fasc. 20, « Infraction générale de blanchiment - Conditions et constitution », n° 32.

Le risque de complicité ou de blanchiment de fraude fiscale est similaire et les sanctions comparables. L'article 1741 du Code général des impôts prévoit que : « quiconque s'est frauduleusement soustrait ou a tenté de se soustraire frauduleusement » à l'impôt, « soit qu'il ait volontairement dissimulé une part des sommes sujettes à l'impôt, soit qu'il ait organisé son insolvabilité ou mis obstacle par d'autres manœuvres au recouvrement de l'impôt, soit en agissant de toute autre manière frauduleuse, est passible, indépendamment des sanctions fiscales applicables, d'une amende de 500 000 € et d'un emprisonnement de cinq ans ». L'arbitre devra donc faire preuve de la même vigilance pour éviter une telle accusation.

Enfin il existe une autre hypothèse qui est celle où le contrat qui est l'objet de l'arbitrage est en lui-même constitutif d'une infraction. Ce sera le cas par exemple lorsque le contrat en question constitue ou dissimule un pacte de corruption. Les arbitrages relatifs aux contentieux du paiement des rémunérations dues aux agents dans les contrats de ventes internationales présentent ainsi quasi systématiquement cette question.

Si le contrat soumis aux arbitres est un pacte de corruption ou constitue en lui-même une infraction, l'arbitre dont la décision donnerait effet à ce contrat pourrait le rendre complice par fourniture d' « aide ou assistance » (article 121-7 du Code pénal)<sup>74</sup> ou commettre l'infraction de blanchiment de corruption.

Même si le siège de l'arbitrage est situé à l'étranger, l'arbitre pourrait être sanctionné pénalement en France si l'infraction principale a été commise en France<sup>75</sup>. A l'inverse, si le siège de l'arbitrage est en France, l'arbitre pourrait être sanctionné même si l'infraction principale a été commise à l'étranger si cette infraction est punie à la fois par la loi française et par la loi étrangère et si elle a été constatée par une décision définitive étrangère (article 113-5 du Code pénal).

L'arbitre qui permettrait par sa sentence, en connaissance de cause, le versement de commissions illicites pourrait se rendre également complice du délit d'abus de biens sociaux commis par la partie en

---

(74) R. Dupeyré, « Les arbitres et centres d'arbitrage face à leurs responsabilités : le droit français à son point d'équilibre », *Bull. ASA*, 2014.

(75) Cass. crim., 30 oct. 2013, n° 12-83.995.

cause ou commettre l'infraction de blanchiment de biens sociaux (cf. *infra*). Ce risque serait d'autant plus important si le contrat donnait lieu à paiement de rétro-commissions.

## ***2. Le devoir de l'arbitre de faire obstacle à l'infraction commise par les parties***

Dans chacune de ces hypothèses (blanchiment, complicité de fraude fiscale, de corruption ou de toute autre infraction commise par parties), l'arbitre, confronté à des preuves suffisantes que l'arbitrage est un simulacre organisé par les parties pour blanchir une somme d'argent ou commettre une fraude fiscale ou encore que le contrat tombe autrement sous le coup de la loi pénale, doit refuser de donner effet à la transaction conclue entre les parties ou au contrat sous-jacent illicite ou même de trancher le litige. S'il donnait effet à ces conventions, l'arbitre risquerait de commettre les infractions de blanchiment ou de complicité de fraude fiscale, de corruption ou de toute autre infraction commise par les parties à l'arbitrage.

L'appréciation de l'intention par le juge pénal résulte parfois d'un faisceau d'indices ou de simples présomptions. L'arbitre, professionnel à qui une responsabilité juridictionnelle est confiée, doit s'attendre à une application rigoureuse de la loi pénale. Et ce d'autant plus que le juge pénal pourrait être enclin à considérer que l'arbitre a été confronté à des éléments et indices révélant suffisamment la commission d'une infraction et en a nécessairement eu connaissance. L'arbitre doit donc être vigilant à ne pas se rendre complice des parties par négligence et procéder à des vérifications lorsqu'une convention ou une situation lui paraît suspecte.

La collégialité du tribunal arbitral n'équivaut nullement à une impunité et n'infère aucune protection contre les sanctions pénales. En vertu de la théorie de la complicité corespective, selon laquelle, à défaut de preuve contraire, les membres d'un organe collégial ou d'un groupe engagent leur responsabilité pénale personnelle pour les infractions commises par cet organe ou ce groupe, le droit pénal est en effet à même de sanctionner individuellement les membres d'un tribunal arbitral. Dans certaines

hypothèses, un arbitre qui aurait refusé de signer la sentence ou serait l'auteur d'une opinion dissidente pourrait prouver qu'il n'a pas participé à l'infraction commise par la majorité des autres arbitres. En outre, l'arbitre voulant prouver son innocence en se désolidarisant de la majorité du tribunal arbitral ne sera pas contraint par le secret du délibéré qui trouve une exception dans l'exercice des droits de la défense de son débiteur<sup>76</sup>.

Dans certains cas, notamment ceux dans lesquels les parties ont organisé un arbitrage fictif à des fins de blanchiment ou de fraude fiscale, il peut être nécessaire pour l'arbitre de démissionner<sup>77</sup>.

Il semble toutefois que l'arbitre confronté à une telle situation n'aurait aucune obligation de dénoncer les parties. D'une part, l'arbitre n'est pas concerné par l'article 40 du Code de procédure pénale qui vise uniquement « toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire ». D'autre part, l'obligation de dénonciation des crimes en cours ou susceptibles de se renouveler, prévue par l'article 434-1 du Code pénal, ne concerne pas les délits auxquels l'arbitre est susceptible d'être confronté. De plus, l'arbitre interne est soumis à l'obligation de secret de l'article 226-13 du Code pénal, exception expressément prévue par le dernier alinéa de l'article 434-1 du Code pénal.

Il ressort de l'étude des infractions potentiellement applicables à l'arbitre que les dévoiements les plus graves de la procédure arbitrale par un arbitre et une partie – escroquerie commise à l'encontre d'une autre partie ou corruption – ou par un arbitre et l'ensemble des parties – escroquerie à la sentence arbitrale – tombe sous le coup de la loi pénale. De cette façon, la loi pénale interdit les simulacres d'arbitrage et les fraudes et fait peser sur l'arbitre un risque pénal qui fait de lui un artisan de la protection de l'arbitrage contre de telles dérives. Le risque pénal participe donc à la protection de la justice arbitrale et de sa réputation.

(76) D. Chilstein, « Droit pénal et arbitrage », *Rev. arb.*, 2009, n° 39.

(77) A. Moure, « *Arbitration and Criminal Law : Reflections on the Duties of the Arbitrator* », *Arbitration International, LCIA 2006*, p. 113 : "If the arbitrators realize that the arbitration has been simulated from the outset, which is to say that, in reality, there is actually no dispute, they should resign (...)". D. Chilstein, « Droit pénal et arbitrage », *Rev. arb.*, 2009, n° 25.

Cependant, cette protection de l'arbitrage par le droit pénal pourrait être elle-même instrumentalisée par une partie pour bloquer l'arbitrage en mettant en cause pénalement un arbitre de façon complètement injustifiée et abusive.

Ainsi, s'il ne faut pas limiter le champ de la responsabilité pénale de l'arbitre, garante de l'intégrité de la procédure arbitrale et, indirectement, de l'institution arbitrale elle-même, il pourrait être nécessaire de restreindre ses modalités de mise en œuvre dans un cas particulier afin d'éviter tout risque d'abus.

## **II. La protection de l'arbitre et de l'arbitrage contre l'instrumentalisation de la justice pénale**

### **A. Le risque d'instrumentalisation de la justice pénale par une partie à un arbitrage**

Contrairement aux juges étatiques, les arbitres sont choisis par les parties en considération de leur personne. Ils ne sont dès lors pas aisément remplaçables. En effet, la procédure de recomposition d'un tribunal arbitral peut être longue et complexe, surtout si une partie est de mauvaise foi.

Une partie pourrait donc être tentée d'initier une procédure pénale contre un arbitre dans le but de déstabiliser la procédure arbitrale. Cela pourrait particulièrement être le cas si une sentence intérimaire a été rendue, par exemple sur le principe de la responsabilité d'une partie, et que le tribunal arbitral doit rendre une sentence sur le montant du préjudice.

La mise en cause de la responsabilité pénale d'un ou plusieurs arbitres par une partie et l'ouverture d'une instance pénale pendant l'instance arbitrale pourraient en effet être de nature à paralyser la procédure arbitrale.

D'une part, parce que les infractions mentionnées ci-dessus remettent en cause l'impartialité de l'arbitre et/ou heurtent directement l'ordre public. Elles sont donc susceptibles de conduire à l'annulation de la sentence.

Dès lors, il paraît difficilement envisageable pour le tribunal arbitral de rendre une sentence avant que la question de la culpabilité du ou des arbitres mis en cause ne soit tranchée. D'autre part, le simple fait qu'une partie mette en cause pénalement un arbitre pourrait introduire un doute objectif quant à l'impartialité de l'arbitre mis en cause à l'égard de cette partie. En effet, les difficultés soulevées par une mise en cause pénale d'un ou plusieurs arbitres sont plus délicates que celles soulevées par une demande de récusation.

### ***1. La situation d'un arbitre visé par une plainte pénale est radicalement différente de celle d'un arbitre faisant l'objet d'une demande de récusation***

On pourrait être tenté de comparer la situation d'un arbitre visé par une plainte d'une partie et celle dans laquelle une partie demande la récusation d'un arbitre. D'une part, la décision statuant sur la demande de récusation peut également être de nature à influencer sur la validité de la sentence rendue par l'arbitre concerné. D'autre part, le simple fait de contester en justice l'indépendance d'un arbitre est également de nature à faire naître un doute objectif quant à l'impartialité de l'arbitre à l'égard de la partie qui a remis son indépendance en cause.

Dans l'hypothèse d'une demande en récusation, le tribunal arbitral peut surseoir à statuer dans l'attente d'une décision définitive tranchant la contestation<sup>78</sup>. Cependant, il est clair que l'arbitre qui fait l'objet d'une demande de récusation pendante peut continuer à exercer sa mission jusqu'à ce que cette question soit tranchée<sup>79</sup>, contrairement au juge qui ferait l'objet d'une même demande qui doit « s'abstenir jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la récusation » (article 346 du Code de procédure civile).

Si la demande est rejetée, l'arbitre mis en cause ne saurait être ipso facto considéré comme étant partial à l'égard de la partie à l'origine de la demande de récusation. Au contraire, du moins quand elle est prise par le juge d'appui et non par l'institution d'arbitrage, la décision de rejet de

(78) Y. Derains, note sous TGI Paris (ord. réf.), 24 juin 2004, *Rev. arb.* 2005, pp. 1039 - 1047.

(79) Cour d'appel de Paris, 2 novembre 1998, n° 1997/00585.

la demande de récusation a autorité de chose jugée et s'impose donc au juge de l'annulation<sup>80</sup>.

Ces deux réponses à une demande de récusation - surseoir à statuer dans l'attente d'une décision tranchant la demande de récusation et considérer qu'en principe le rejet de cette demande ne rend pas nécessaire la démission de l'arbitre concerné - ne paraissent pas adaptées à l'hypothèse de poursuites pénales déclenchées par une partie à l'égard d'un arbitre. En effet, une telle procédure sera le plus souvent trop longue une telle mise en cause est bien plus grave qu'une simple demande de récusation.

*- Une procédure pénale a une durée beaucoup plus longue que le traitement d'une demande de récusation.*

La victime d'une infraction pénale peut généralement déclencher l'action publique elle-même, malgré l'inaction du ministère public, par voie de citation directe ou de constitution de partie civile.

Dans le premier cas, la partie cite directement le prévenu devant le tribunal correctionnel. Cette citation déclenche l'action publique et la date de l'audience est généralement prévue à moins d'un an. Un appel contre la décision rendue quelques mois après l'audience est généralement de nature à doubler la durée de la procédure pour la porter à plusieurs années. La durée totale d'une telle procédure pourrait aisément atteindre trois ans. Il est peu probable qu'une partie souhaitant bloquer un arbitrage opte pour cette voie procédurale qui est la moins longue et suppose que la partie civile ait suffisamment d'éléments de preuve.

Dans le second cas, la victime déclenche l'action publique en se constituant partie civile. Une telle constitution de partie civile doit être précédée d'une plainte simple déposée devant la police ou le procureur de la République. En effet, la constitution de partie civile « n'est recevable qu'à condition que la personne justifie soit que le procureur de la République lui a fait connaître (...) qu'il n'engagera pas lui-même des poursuites, soit qu'un délai de trois mois s'est écoulé depuis qu'elle a déposé plainte » (article 85 du Code de procédure pénale).

(80) Paris, 11 avril 2002, *Rev. arb.* 2003, p. 143 ; Ch. Jarrosson et J. Pellerin, « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *Rev. arb.* 2011, p. 25.



La plainte avec constitution de partie civile est adressée au doyen des juges d'instruction qui, après avis du procureur de la République, ouvre une information judiciaire. Très exceptionnellement, le juge d'instruction peut rendre une ordonnance de refus d'informer s'il estime que des poursuites pénales ne sont pas légalement possibles, que les faits dénoncés ne constituent pas une infraction ou qu'« il est établi de façon manifeste » qu'ils n'ont pas été commis (article 86 du Code de procédure pénale). Ces ordonnances de refus d'informer sont extrêmement rares et ne constitue pas un filtre efficace pour éviter les mises en cause abusives de la responsabilité pénale de l'arbitre.

La durée normale d'une instruction en matière délictuelle est comprise entre un et deux ans. En effet, l'instruction prendra fin par une ordonnance de non-lieu dont la partie civile pourra faire appel. Compte tenu des délais d'audiencement à la chambre d'instruction, il semble bien que le délai de deux ans soit un minimum.

Le délai dans lequel il sera mis fin à la procédure pénale est donc sans comparaison avec celui d'un mois que l'article 1456 du Code de procédure civile laisse au juge d'appui compétent pour trancher, sans possibilité de recours, le contentieux de la récusation de l'arbitre à défaut d'institution d'arbitrage<sup>81</sup>.

Une procédure arbitrale ne saurait être suspendue pendant plusieurs années parce qu'une partie a intenté des poursuites pénales contre un arbitre. Le temps de l'instance arbitrale n'est pas compatible avec celui de la procédure pénale.

Outre que la rapidité est un des critères qui conduit les parties à choisir l'arbitrage, un tel sursis pourrait avoir des conséquences graves, par exemple en cas de risque de disparition d'éléments de preuve déterminants pour l'arbitrage ou de difficultés financières des parties de nature à rendre impossible l'exécution de la sentence. Surtout, cette paralysie de la procédure arbitrale pourrait conduire, spécialement dans les arbitrages ad hoc, à l'expiration du délai d'arbitrage, avec des conséquences

---

(81) Ce délai pour agir en récusation est de 30 jours dans le règlement d'arbitrage CCI (article 14.2) et de 14 jours dans les LCIA Rules (article 10.3) à compter de la date où la partie a eu connaissance des faits qu'elle invoque.

irrémediables en termes de responsabilité des arbitres et de prescription des actions des parties.

Le sursis, parfois conseillé lorsqu'une demande de récusation est pendante contre un arbitre, n'est donc pas une solution adaptée en cas de procédure pénale initiée par une partie. Même si un tel sursis pouvait être ordonné, il rendrait encore plus efficaces les plaintes pénales à finalité dilatoire.

*- Un arbitre visé par une plainte déposée par une partie à l'arbitrage devient son adversaire et son impartialité à l'égard de cette partie est de facto remise en cause*

La mise en cause de la responsabilité pénale d'un arbitre par une partie n'a pas les mêmes implications, ni la même gravité qu'une demande de récusation.

L'arbitre pénalement mis en cause pourra avoir fait l'objet d'une garde à vue ou d'une perquisition. La médiatisation de tels actes d'enquête est importante et porte nécessairement atteinte à la réputation de l'arbitre. Surtout, l'arbitre visé par une procédure pénale devient partie à la procédure à compter de la citation directe ou de sa mise en examen par le juge d'instruction. Contrairement à l'hypothèse d'une demande de récusation, l'arbitre n'est donc pas seulement l'objet de la procédure mais devient, en tant que partie à la procédure, l'adversaire de la partie qui l'a dénoncé pénalement.

Il est donc difficile d'affirmer, comme en matière de récusation, qu'en principe la mise en cause de la responsabilité pénale d'un arbitre par une partie ne remet pas en question l'impartialité de l'arbitre à son égard.

Cependant, il serait parfaitement contreproductif d'imposer à un arbitre pénalement mis en cause par une partie de démissionner, que ce soit automatiquement ou à la demande d'une partie. En effet, de telles réactions systématiques rendraient encore plus aisée une instrumentalisation de la procédure pénale par une partie mécontente d'une sentence intérimaire et souhaitant bloquer l'arbitrage.

Il semble donc difficile, en l'état du droit positif, pour les arbitres de lutter contre une instrumentalisation du droit pénal par une partie cherchant à paralyser une procédure arbitrale.

## **2. L'absence de mesure permettant aux arbitres de lutter efficacement contre une instrumentalisation de la justice pénale**

Si une partie tente de bloquer la procédure arbitrale en intentant des poursuites pénales contre un arbitre, certains auteurs suggèrent que le tribunal arbitral se défende en déplaçant le siège de l'arbitrage dans une juridiction protectrice<sup>82</sup>. Cependant, cela suppose qu'un tel transfert soit autorisé par le règlement d'arbitrage et/ou la loi applicable à la procédure arbitrale<sup>83</sup>. Surtout, un tel transfert ne supprime pas le risque qu'une condamnation pénale d'un arbitre fait porter sur la validité de la sentence, ni les doutes que des poursuites intentées par une partie peuvent susciter quant à l'indépendance de l'arbitre à son égard.

On peut aussi envisager que le tribunal arbitral sanctionne le comportement déloyal d'une partie lors de l'allocation des coûts de l'arbitrage. Cependant, une telle décision viendrait trop tard et aurait un effet dissuasif limité sur une partie qui pense, ou sait, qu'elle a déjà perdu l'arbitrage et supportera probablement la totalité de ses coûts.

Que faire alors ? Il est possible de s'en tenir au constat que, fort heureusement, les parties hésitent encore à pousser leurs stratégies de défense de rupture jusqu'à de telles extrémités. Les moins optimistes sur les vertus des parties et de leurs avocats considéreront sans doute qu'il pourrait néanmoins s'avérer judicieux de les priver de toute tentation.

---

(82) A. Moure, « *Arbitration and Criminal Law: Reflections on the Duties of the Arbitrator* », *Arbitration International*, LCIA 2006, p. 114.

(83) Par exemple, l'article 18 du Règlement d'arbitrage CCI, intitulé « *Lieu de l'arbitrage* », permet en principe aux arbitres de tenir des audiences et de délibérer en tout endroit qu'ils estiment opportun : « 1. La Cour fixe le lieu de l'arbitrage, à moins que les parties ne soient convenues de celui-ci. 2. Le tribunal arbitral peut, après consultation des parties, tenir des audiences et réunions en tout autre endroit qu'il estime opportun, à moins que les parties n'en soient convenues autrement. 3. Le tribunal arbitral peut délibérer en tout endroit qu'il considère opportun. »

## B. La nécessité de protéger l'arbitre et l'arbitrage contre l'instrumentalisation de la justice pénale

Si la responsabilité pénale de l'arbitre est garante de son bon comportement et du bon déroulement de la procédure, il faut éviter qu'une partie n'instrumentalise cette responsabilité pour paralyser la procédure arbitrale en entamant une procédure pénale dilatoire contre un ou plusieurs arbitres.

Il paraît donc nécessaire de limiter la capacité d'une partie à déclencher l'action publique pendant la durée de la procédure arbitrale, la partie retrouvant sa pleine faculté d'action après le prononcé de la sentence, le risque de paralysie de la procédure arbitrale et d'instrumentalisation de la loi pénale ayant disparu à cette date<sup>84</sup>.

Cette protection ne devrait pas accorder une impunité aux arbitres qui serait contreproductive et nuirait à l'effet dissuasif et protecteur de la responsabilité pénale.

Un mécanisme de protection des arbitres contre une instrumentalisation du droit pénal peut être trouvé dans la procédure de requête du ministère public.

Pour certaines infractions, il est fait exception à la faculté de la victime de déclencher l'action publique et l'exercice de l'action fait l'objet d'un monopole au profit du ministère public.

---

(84) Certes, en matière d'arbitrage interne où le recours en annulation n'est en principe pas suspensif de l'exécution de la sentence (article 1496 du Code de procédure pénale, à opposer à l'article 1526 en matière d'arbitrage international). Une partie pourrait dès lors retarder la procédure portant sur ce recours en entamant une procédure pénale dilatoire et en sollicitant le sursis à statuer sur le fondement de l'article 4 du Code de procédure pénale (Cass. 1<sup>re</sup> Civ. 25 octobre 2005, n° 02-13252 : « l'article 4 du Code de procédure pénale est applicable, même en matière internationale, au recours en annulation d'une sentence arbitrale si la procédure pénale se déroule en France ; que la demande de sursis à statuer ne peut être accueillie que si les faits dénoncés comme constituant l'infraction ont une incidence directe sur la cause d'annulation de la sentence et si la décision pénale à intervenir est susceptible d'influer sur la décision civile », voir également Paris 16 janvier 1986, *Europmarkets / Argolicos Gulf Shipping* et 8 décembre 1988, *Sté chantiers modernes / CMGC*). Pour autant, une telle instrumentalisation de la justice pénale après le prononcé de la sentence aurait des conséquences beaucoup moins graves.

L'article 113-8 du Code pénal met ainsi en place un mécanisme de « requête du ministère public » obligatoire pour la poursuite des infractions commises en dehors du territoire français. Ce monopole assure au ministère public une véritable faculté d'appréciation de l'opportunité des poursuites, qu'il partage ordinairement avec les personnes pouvant justifier d'un dommage personnel et direct causé par l'infraction (article 2 du Code de procédure pénale).

Depuis la loi du 18 décembre 2013, ce mécanisme de la requête du ministère public s'applique aux crimes « commis dans l'accomplissement de sa mission par un militaire engagé dans le cadre d'une opération mobilisant des capacités militaires, se déroulant à l'extérieur du territoire français ou des eaux territoriales françaises » (article 698-2 du Code de procédure pénale). Ce monopole du ministère public a été justifié par le législateur pour éviter que des faits qui ne nécessitent pas de traitement pénal ne soient soumis au juge pénal dans un unique but de médiatisation injustifiée, ce qui aurait pour effet d'accroître la pression pesant sur les militaires et donc de limiter l'audace du commandement et la capacité des soldats à obéir immédiatement aux ordres<sup>85</sup>.

Le législateur a insisté sur le fait que l'article 698-2 du Code pénal ne vise nullement à « consacrer une quelconque immunité pénale exceptionnelle au profit des militaires »<sup>86</sup>.

Le mécanisme de requête du ministère public pourrait être appliqué aux infractions reprochées en cours d'arbitrage à un arbitre dans le cadre de sa mission arbitrale, le monopole du ministère public faisant office de filtre permettant d'écarter toute action pénale injustifiée.

Il s'agirait, comme pour les militaires, de tenir compte du statut particulier des arbitres et du risque spécifique d'instrumentalisation de la justice pénale à leur encontre.

Toute poursuite pénale intentée contre un arbitre siégeant dans une procédure arbitrale en cours, pour une infraction qui aurait été commise

---

(85) Avis n° 56 (2013-2014) de J.-P. Sueur, fait au nom de la commission des lois, déposé le 9 octobre 2013.

(86) Rapport n° 50 (2013-2014) de J.-L. Carrère, fait au nom de la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées, déposé le 8 octobre 2013.

dans le cadre de sa mission arbitrale, ne pourra donc qu'être déclenchée que par le ministère public. Si une partie dénonçait des faits comme étant constitutifs d'une telle infraction, le ministère public aurait alors un délai de trois mois pour décider du sort de cette dénonciation. S'il décidait de poursuivre le comportement en cause, la partie retrouverait l'ensemble de ses prérogatives. Au contraire, si le ministère public refusait de poursuivre, la partie serait privée de sa faculté de déclencher elle-même l'action publique par voie de citation directe ou de constitution de partie civile. Les parties retrouveraient leur pleine faculté d'action après le prononcé de la sentence.

Ce mécanisme procédural a l'avantage de ne pas accorder une immunité substantielle aux arbitres, qui donnerait une image négative à l'arbitrage et serait contreproductive.

L'efficacité d'un tel mécanisme serait renforcée si le monopole du ministère public était concentré entre les mains du parquet national financier. Cela permettrait une spécialisation des magistrats appelés à trancher la question de l'opportunité des poursuites, qui auraient une excellente connaissance de l'arbitrage et des règles qui s'y appliquent, et assurerait la qualité et l'uniformité des décisions adoptées. C'est d'ailleurs naturel quand on sait que la grande majorité des arbitrages ayant lieu en France ont Paris pour siège et que c'est le Président du Tribunal de grande instance de Paris qui joue, par défaut, le rôle de juge d'appui en matière d'arbitrage international (article 1505 du Code de procédure civile).

# PARTIE 2

## La responsabilité extrajudiciaire de l'arbitre

---

### CHAPITRE 1

#### La responsabilité disciplinaire

---

Discipline et arbitrage à l'ère de la transparence. La discipline est à la fois la règle de conduite imposée à soi-même, la règle imposée par une autorité dont on dépend, et l'aptitude d'un individu à obéir à ces règles.

Sans être une matière purement juridique, elle fait pourtant partie intégrante du monde du droit. Contrairement aux responsabilités éthique ou déontologique qui sont rattachées à la morale, la responsabilité disciplinaire est généralement classée parmi les responsabilités juridiques, aux côtés des responsabilités civile et pénale<sup>87</sup>. Le régime des sanctions attachées au non-respect de règles disciplinaires est autonome, « tant en ce qui concerne les instances compétentes et la procédure que la définition des infractions et la nature des peines »<sup>88</sup>.

La discipline est donc avant tout une affaire de comportement. Les règles disciplinaires ne sont pas des règles aussi strictes ou précises que

---

(87) P-B. Lebrun, « La responsabilité », *Empan*, 3/2015 (n°99), p. 105-109.

(88) G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, article « Discipline », p. 313.

peuvent l'être des lois ou des décrets, elles appartiennent à ces zones de frontière entre le droit et le non-droit si bien décrites par le doyen Carbonnier. La justice arbitrale, parce qu'elle n'est pas un simple clone privé de la justice étatique, se développe elle aussi dans une certaine souplesse, au gré des spécificités des affaires qui lui sont soumises.

À l'époque du règne de la transparence, la « moralisation » devient le mot d'ordre pour bon nombre des domaines de la vie publique. Dans ce contexte, la confiance faite à la justice arbitrale – laissée se développer hors des gironnés étatiques – a plus que jamais pour pendant l'exigence d'irréprochabilité adressée à ses acteurs, au premier plan desquels se trouvent les arbitres et les conseils<sup>89</sup>.

La question se pose donc en ces termes : les procédures disciplinaires et les sanctions en résultant seraient-elles adaptées à la régulation de la justice arbitrale ? Dans l'affirmative, au travers de quelle structure juridique de telles procédures disciplinaires pourraient-elles être mises en œuvre ?

Pour tenter d'y répondre, nous nous intéresserons à l'exemple anglais de la procédure disciplinaire instituée sous l'égide du *Chartered Institute of Arbitrators* (I), avant de nous interroger sur la place que le système français pourrait laisser à une responsabilité disciplinaire des arbitres (II).

## I. L'exemple anglais de la procédure disciplinaire CIArb

Une procédure disciplinaire existe déjà au sein de certaines instances, comme par exemple en matière d'arbitrage sportif<sup>90</sup>, mais aussi au sein du *Kuala Lumpur Regional Center for Arbitration*<sup>91</sup> ou du *Chartered Institute of Arbitrators* (CIArb) anglais. Certains centres d'arbitrage ou

---

(89) Ces deux corps ne forment pas deux catégories nettement distinctes, mais un ensemble hétérogène au sein duquel les rôles sont souvent échangés d'une procédure à l'autre.

(90) L'arbitrage sportif n'est pas traité dans la présente étude, ces spécificités interdisant de l'assimiler à l'arbitrage international commercial ou d'investissement. Les procédures et sanctions disciplinaires sont cependant très développées au sein des fédérations sportives.

(91) Dont la procédure et les éventuelles décisions ne sont, à notre connaissance, pas publiées et ne feront donc pas l'objet de développements dans cette étude.



associations ont également publié des chartes éthiques (mentionnant notamment la diligence dont doit faire preuve l'arbitre afin de favoriser la célérité de la procédure et d'en maîtriser les coûts) : c'est le cas de l'*American Arbitration Association (AAA)*, de l'*Association Française d'Arbitrage (AFA)* et du *Singapore International Arbitration Center (SIAC)*.

Nous nous proposons d'étudier plus spécifiquement la procédure disciplinaire mise en place au sein du CI Arb (A), qui nous paraît être un point de départ pertinent pour réfléchir aux évolutions possibles en France sur ce point (B).

## A. Description de la procédure et des sanctions disciplinaires du CI Arb

Le *Chartered Institute of Arbitrators* est une organisation professionnelle anglaise cherchant à promouvoir les modes alternatifs de règlement des conflits (MARC), notamment l'arbitrage et la médiation. Basé à Londres, le CI Arb regroupe 14.000 membres affiliés présents dans quelque 133 pays<sup>92</sup>. Outre ses fonctions de formation et de plateforme de rencontre des praticiens des MARC, le CI Arb possède des instances disciplinaires propres, qui ont le pouvoir de prononcer des sanctions à l'encontre de ses membres, pour tout manquement commis par eux à l'occasion de leurs fonctions d'arbitre, d'*adjudicator*, de médiateur ou autre.

**Vue d'ensemble de la procédure.** L'étendue de la compétence du CI Arb pour prononcer des sanctions disciplinaires à l'encontre de ses membres est délimitée par sa définition des manquements (*misconducts*) qu'il serait possible de reprocher à ces membres. La section 15.2 du Règlement CI Arb envisage 5 hypothèses de manquements :

---

(92) Il existe plusieurs voies pour rejoindre le CI Arb, selon son degré d'expérience (par ordre croissant : étudiant, *associate*, *member*, *fellow*). L'affiliation est gratuite pour les étudiants, payante pour les autres membres. Le passage d'un degré au suivant s'effectue grâce à des qualifications complémentaires en MARC organisées par le CI Arb lui-même.

- Un comportement préjudiciable à la réputation du CI Arb, rendant la personne indigne d'en rester membre affilié ou susceptible de porter le discrédit sur l'institution ;
- Une violation grave des codes de conduite professionnels ou éthiques, ceux-ci incluant le *Code of Professional and Ethical Conduct* ou les autres documents similaires publiés par le CI Arb ;
- Le fait de mettre en œuvre des diligences bien en deçà des standards attendus d'un juriste compétent ou de toute personne compétente dans le domaine de la résolution des conflits ;
- Un manquement sans raison valable à respecter une instruction et/ou une recommandation d'un *Peer Review Panel* constitué en vertu de l'article 15.1 du Règlement ;
- Une violation grave de l'un des articles du CI Arb ou de ce Règlement (ou de toute Règlementation ou règle publiée par le CI Arb).

La procédure disciplinaire CI Arb est une procédure principalement écrite (même si une audience de plaidoirie est possible) et peut être décomposée en quatre étapes :

- (1) Un échange de correspondance entre le « plaignant » et le membre mis en cause.
- (2) Un examen *prima facie* par le PCC (« *Professional Conduct Committee* »).
- (3) Un examen au fond par le Tribunal Disciplinaire (« *Disciplinary Tribunal* »).
- (4) Un réexamen par le Tribunal d'Appel, sous réserve de l'autorisation de l'appel (« *The Appeals Tribunal* »).

Cette procédure peut être déclenchée par toute personne intéressée, par le biais d'une lettre adressée au Directeur des services légaux du centre et accompagnée des documents pertinents. Le plaignant peut avoir été partie à une instance arbitrale où un membre du CI Arb a siégé comme arbitre, être un membre affilié au CI Arb, le CI Arb lui-même ou bien encore toute autre personne.

**Quatre étapes procédurales.** La première étape de la procédure consiste en un échange entre le plaignant et le membre du CI Arb mis en cause : la lettre est transmise au membre mis en cause qui dispose de 28 jours pour produire une réplique, puis retourne au « plaignant » qui dispose à son tour de 14 jours pour produire une duplique. S'il soulève des points nouveaux dans cette duplique, le membre mis en cause dispose encore de 14 jours pour y répondre.

Une fois ces échanges contradictoires terminés, le PCC examine la demande et rend une décision succinctement motivée. Le PCC est un comité indépendant composé de :

- sept membres affiliés au CI Arb (dont au moins deux sont avocats et un est ou a été juge) ;
- entre un et cinq membres extérieurs (issus d'une liste établie en vertu de l'article 15.1 (3) du Règlement CI Arb).

Le PCC effectue un examen *prima facie* du dossier, pour déterminer s'il semble ou non qu'il y ait lieu de prononcer des sanctions disciplinaires. Si le dossier passe l'examen par le PCC, il est transmis soit à un *Peer Review Panel* (composé de membres expérimentés du CI Arb, spécialisés dans le domaine du membre affilié mis en cause par la procédure) ; soit directement au Tribunal disciplinaire.

Enfin donc, l'affaire est examinée par le Tribunal Disciplinaire. Ce tribunal se compose de trois personnes au moins :

- un président (qui doit être ou avoir été juge, ou être un avocat de plus de dix ans d'expérience) ;
- un membre extérieur ;
- un membre affilié au CI Arb spécialisé dans la même matière que celui mis en cause.

Le Tribunal disciplinaire rend une décision motivée, prononçant ou non une sanction à l'encontre du membre mis en cause. Il existe 5 sanctions possibles :

- une réprimande ou un avertissement pour le futur ;
- une suspension du CI Arb pour une durée maximale de douze mois ;
- la perte – temporaire ou définitive – de l'agrément accordé par le CI Arb (*chartered status*) si le membre en cause était un membre agréé ;
- l'exclusion du CI Arb ;
- une condamnation aux dépens (selon les termes du paragraphe 8.6 de l'Annexe au Règlement CI Arb).

La procédure disciplinaire du CI Arb prévoit également une procédure d'appel devant un « Tribunal d'Appel », sous certaines conditions décrites ci-après. Les membres siégeant au sein du Tribunal d'Appel sont issus des mêmes listes que ceux siégeant au sein du Tribunal Disciplinaire, mais ne peuvent être les mêmes personnes (sans quoi leur impartialité ne serait pas garantie). Si une sanction est prononcée, et dans les 28 jours à compter de sa notification, soit le CI Arb, soit le membre affilié mis en cause peuvent solliciter l'autorisation de faire appel<sup>93</sup>. Si au contraire le Tribunal rejette le cas et estime qu'il n'y a pas lieu à prononcer de sanction, seul le CI Arb peut faire appel. L'appel ne pourra être autorisé que dans deux cas : l'erreur de fait ou de droit<sup>94</sup>. La décision du Tribunal d'Appel est définitive et ne peut se prononcer sur les dépens.

Par application du paragraphe 12 de l'Annexe au Règlement CI Arb, le Conseil des Administrateurs peut décider de la publication d'un rapport ayant trait à toute procédure disciplinaire s'étant tenue sous son égide<sup>95</sup>.

---

(93) L'autorisation de faire appel, demandée directement auprès de la juridiction supérieure, est un mécanisme courant en droit anglais, contrairement au droit français qui l'ignore.

(94) Il s'agit en cela d'une voie de recours à mi-chemin entre ce que le droit français nomme l'*appel* et la *cassation*.

(95) Ces publications peuvent être anonymisées.

## B. Evaluation de la procédure et des sanctions CIArb

**Exemples au sein du CIArb.** Le CIArb ne communique pas de statistiques exhaustives sur ses procédures disciplinaires et il n'est donc pas possible de connaître le nombre de demandes enregistrées, le nombre de procédures instruites et leurs suites. A notre connaissance, cependant, la procédure disciplinaire du CIArb a déjà donné lieu à deux cas de condamnation d'un membre à des sanctions disciplinaires qui ont été rendues publiques.

Le 5 Mai 2011, un premier Tribunal Disciplinaire a ainsi prononcé une amende de 3 000 livres et l'exclusion de John Campbell QC, ancien président du CIArb, qui avait rendu une sentence avec un retard de quatre ans, jugé excessif.

La seconde sanction prononcée par un Tribunal Disciplinaire constitué sous l'égide du CIArb le fut dans une affaire *Astapov*, que le Conseil des Administrateurs a décidé de publier lors de sa session hivernale de 2015. Fait surprenant, le Conseil précise que cette décision sera publiée pendant six mois, ou jusqu'à ce que le volet pécuniaire de l'affaire soit résolu. M. Astapov était accusé de fausse déclaration relative à l'emploi d'un expert sur le droit fiscal kazakh, dans le cadre d'un arbitrage CIRDI mettant en cause la République du Kazakhstan. Après avoir demandé aux parties des sommes destinées à rémunérer un premier expert, M. Astapov les avait en réalité transférées sur un compte aux îles vierges. Ce premier expert ayant finalement refusé de produire un rapport, un second a été choisi par les parties. M. Astapov a alors feint de chercher à récupérer la première somme versée par les parties pour payer le second expert, qui finalement ne l'aura été que partiellement. En octobre 2013, le PCC a renvoyé l'affaire devant le Tribunal Disciplinaire. Une audience disciplinaire a eu lieu le 19 mai 2015, et une décision a été rendue par le Tribunal Disciplinaire le 20 juillet 2015. Ce dernier a prononcé une condamnation particulièrement sévère : l'exclusion définitive et immédiate du CIArb de M. Astapov, et le paiement de la somme de 25 000 livres pour couvrir les frais de cette procédure.

Bien que les décisions publiées sanctionnant des membres du CI Arb restent rares – et c'est heureux – le Tribunal Disciplinaire n'hésite pas à prononcer l'exclusion des membres défaillants, ce qui lui confère un véritable pouvoir de dissuasion.

**Autres formes de responsabilité.** Parallèlement à cette procédure CI Arb quasi-unique en son genre, il existe au Royaume-Uni des mécanismes de sanctions disciplinaires au sein de deux ordres professionnels juridiques : celui des *Barristers* et celui des *Solicitors*.

Toute personne est autorisée à assumer les fonctions d'arbitre. En effet, dès lors que le fait de siéger comme arbitre ne figure pas parmi les « activités juridiques » dont fait état l'Article 12 du *Legal Services Act* de 2007, aucune autorité régulatrice ne peut interdire à un *Barrister*, à un *Solicitor* ou à toute autre personne de le faire, quand bien même l'ordre aurait connaissance d'éventuels manquements. Toutefois, si un *Barrister* agissant en tant qu'arbitre contrevient au *Core Standard 5 of the Bar Code of Conduct*<sup>96</sup>, il pourrait être suspendu voire exclu du barreau, ce qui diminuerait bien évidemment nettement ses chances d'être renommé arbitre dans une autre affaire.

La Directrice de la Conduite Professionnelle au sein du Bar Standards Board a cependant – de manière informelle – confirmé qu'à sa connaissance, il n'existait pas d'affaire dans laquelle un *barrister* aurait fait l'objet de sanction disciplinaire en raison de sa conduite en tant qu'arbitre.

Utilité de la procédure CI Arb. Dans le contexte actuel de concurrence accrue entre les postulants à la fonction d'arbitre, l'existence d'une procédure disciplinaire constitue un avantage concurrentiel indéniable, tant pour les parties à l'arbitrage que pour les praticiens (arbitres, conseils et experts).

De plus, même s'il n'existe pas de statistique sur ce point, l'existence d'une procédure disciplinaire propre aux arbitres CI Arb devrait logiquement avoir pour effet de limiter le nombre de recours judiciaires en responsabilité civile ou pénale contre les arbitres membres du CI Arb. En effet,

---

(96) Ce *Core Standard* interdit aux *Barristers* d'« adopter un comportement de nature à affecter la confiance que le public place en [eux] ou en la profession ».

en raisonnant par analogie avec la gestion des conflits entre avocats lors d'une procédure judiciaire<sup>97</sup>, l'existence d'une instance disciplinaire auprès de laquelle se plaindre des arbitres défaillants, a généralement pour effet de limiter le nombre de recours en responsabilité devant les juridictions étatiques.

En outre, à la différence des actions en responsabilité civile, de telles procédures disciplinaires n'affectent pas le déroulement de la procédure arbitrale, ce qui est un avantage majeur dont il faut tenir compte.

Enfin, même s'il a pu être relevé que le CIArb peine à s'internationaliser malgré des efforts fournis en ce sens, personne ne semble penser que les pouvoirs disciplinaires du CIArb aient des effets négatifs sur l'attractivité de Londres comme place d'arbitrage.

Cela étant rappelé, le nombre très limité de précédents publics et l'absence de statistiques globales sur les procédures tant disciplinaires que judiciaires sur une même affaire ne permet pas de tirer de conclusion définitive sur l'impact de la procédure disciplinaire CIArb sur la résolution des conflits mettant en cause un arbitre.

## II. Évolutions envisageables en France

Après avoir rappelé l'inexistence de procédures disciplinaires propres aux arbitres en France (A), nous analyserons l'opportunité et les modalités éventuelles de la mise en œuvre d'une telle procédure (B).

### A. Constat du désert disciplinaire

**Le besoin d'un encadrement des comportements.** L'arbitrage a sans aucun doute la confiance des autorités publiques françaises, et comme le relève le Professeur Jarrosson : « l'arbitre est le seul particulier à qui l'ordre juridique étatique considère que l'on puisse valablement confier un pouvoir juridictionnel »<sup>98</sup>. Paris a su s'affirmer comme une place

---

(97) A savoir, l'arbitrage du bâtonnier, qui a pour effet de limiter l'immixtion du juge dans les conflits professionnels entre avocats.

(98) Ch. Jarrosson, « Les frontières de l'arbitrage », *Rev. arb.* 2001, p. 5.

d'arbitrage forte, et ne peine pas à attirer les utilisateurs de ce mode juridictionnel de règlement des différends. Il faut toutefois entretenir cette confiance et s'assurer de l'égle qualité de la justice arbitrale.

Que ce mouvement vienne des praticiens eux-mêmes (à travers la montée en puissance du discours sur l'éthique dans l'arbitrage)<sup>99</sup> ou de l'extérieur (par le biais des critiques virulentes adressées à l'arbitrage par l'opinion publique à l'occasion de ses affaires les plus médiatisées ou bien de la négociation des traités transatlantiques), le monde de l'arbitrage est aujourd'hui particulièrement sensible aux questions comportementales qui justement sont celles qui pourraient relever d'une responsabilité disciplinaire. Pourtant, la question n'a pas encore été traitée exhaustivement, ou en tout cas a donné lieu à peu d'écrits. En 2008, l'*IBA Arbitration Committee* a bien établi un groupe de travail sur le comportement des conseils dans l'arbitrage international, mais n'a pas étendu son étude aux arbitres.

**Un corps hétérogène.** Il s'agit là de la principale difficulté de régulation de l'arbitrage par la voie disciplinaire. Si de nombreux arbitres sont issus des professions juridiques (notamment des professeurs de droit, des avocats ou des magistrats), toute personne peut être nommée comme arbitre. Comme le souligne le Professeur Thomas Clay, la fonction arbitrale n'est pas une profession uniforme au même titre que celle des avocats ou des magistrats : « L'arbitrage n'étant pas un métier, il se glisse dans les interstices de la réglementation et épouse celle des autres professions : pas d'assurance, pas de fiscalité spécifique, pas d'ordre professionnel des arbitres, pas de déontologie, etc. »<sup>100</sup>. Il est donc impossible en pratique de mettre en place un régime unique de responsabilité disciplinaire de l'arbitre.

**Une transposition des régimes disciplinaires des avocats ou des magistrats insuffisante et souvent inadaptée.** Pour les raisons qui viennent d'être rappelées, la soumission du contentieux disciplinaire arbitral aux instances ordinales des avocats ou des magistrats ne permettrait pas d'aboutir à un régime uniforme de gestion de ces contentieux, dès lors

(99) V. sur cette question Ch. Jarrosson, « Ethique, déontologie et normes juridiques dans l'arbitrage », *L'Ethique dans l'arbitrage*, Actes du colloque Francarbi, Bruylant, 2011.

(100) Th. Clay, « L'arbitre est-il un être normal ? », *Mélanges R. Badinter*, Dalloz, 2016, p. 234.



que de nombreux arbitres ne sont ni avocats ni magistrats. Une telle solution présente également de nombreuses limites.

Pour ce qui concerne les avocats, lorsque l'arbitre est un avocat inscrit à un barreau français, sa mission rentre en théorie dans le champ d'activité professionnelle de l'avocat.<sup>101</sup> Il doit donc à cette occasion comme dans les autres respecter les principes qui régissent la profession, et notamment les principes de diligence, dévouement et prudence. La méconnaissance de l'un de ces principes exposerait donc l'avocat agissant comme arbitre à des sanctions disciplinaires telles que l'avertissement, le blâme, l'interdiction temporaire d'exercer ou encore la radiation.<sup>102</sup> En pratique pourtant, il semble que la Commission Déontologie du Conseil National des Barreaux ou l'Ordre des Avocats du Barreau de Paris n'ait jamais rendu d'avis sanctionnant un manquement aux principes essentiels de l'avocat dans sa mission d'arbitre. Cela tend à démontrer que la justice ordinale n'est pas une voie naturelle de règlement des difficultés de nature disciplinaires susceptibles d'être rencontrées en arbitrage et/ou que les instances ordinales des avocats ne sont pas suffisamment sensibilisées aux problématiques spécifiques posées par l'arbitrage.<sup>103</sup>

Une transposition pure et simple du régime de responsabilité disciplinaire des magistrats n'est pas plus envisageable : « [...] 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 judiciaire ou de l'article 505 de l'ancien Code de

(101) Article 6-2 alinéa 5 du Règlement Intérieur National.

(102) Article 1-4 du Règlement Intérieur National.

(103) La situation est relativement semblable au Royaume-Uni, où il existe deux ordres professionnels juridiques pouvant prononcer des sanctions disciplinaires : celui des *Barristers* et celui des *Solicitors*. Toute personne est autorisée à assumer les fonctions d'arbitre, puisque cette activité ne figure pas au rang des « activités juridiques » de l'Article 12 du *Legal Services Act* de 2007. Aucune autorité régulatrice ne pourrait donc en théorie interdire à un *Barrister*, un *Solicitor* ou à toute autre personne de siéger comme arbitre. Toutefois, si un *Barrister* agissant en tant qu'arbitre contrevenait *Core Standard 5 of the Bar Code of Conduct*, il pourrait être suspendu voire rayé du barreau, ce qui diminuerait bien évidemment nettement ses chances d'être renommé arbitre dans une autre affaire. Soulignons également que la Directrice de la Conduite Professionnelle au sein du *Bar Standards Board* a – de manière purement informelle – confirmé qu'à sa connaissance, il n'existait pas d'affaire où un *Barrister* ait fait l'objet de sanction disciplinaire en raison de sa conduite en tant qu'arbitre. Comme dans le système français, les sanctions disciplinaires applicables aux avocats ou *Barristers* pourraient donc en théorie être mises en œuvre lorsqu'ils agissent en tant qu'arbitre, mais en pratique ne le sont pas.

procédure civile, qui ne demeurent applicables qu'aux seules juridictions d'attribution non professionnelles »<sup>104</sup>.

Il nous faut donc poser le constat d'un vide juridique en droit français sur la question de la responsabilité disciplinaire des arbitres<sup>105</sup>, et nous interroger à présent sur les évolutions possibles du paysage français.

## B. Propositions d'évolution

A l'occasion d'une réflexion sur l'éthique dans l'arbitrage, le Professeur Jarrosson évoquait la possibilité d'envisager des procédés disciplinaires en même temps qu'il constatait leur inexistence : « À mi-chemin entre le corporatif et le juridique, on pourrait envisager le disciplinaire. Dans la magistrature, l'éthique se confond parfois avec le disciplinaire, mais le disciplinaire n'existe pas en matière d'arbitrage, sauf peut-être et à la marge, au sein d'une institution d'arbitrage »<sup>106</sup>.

Nous nous proposons d'envisager un développement réel et concret du disciplinaire dans l'arbitrage, à travers l'instauration de procédures idoines.

*Typologie des comportements relevant de l'instance disciplinaire.* Avant de nous intéresser aux modalités pratiques de mise en œuvre d'éventuelles procédures disciplinaires, à leur intérêt et aux risques qu'elles peuvent engendrer, il nous semble nécessaire de tenter de dresser une typologie des comportements les plus fréquemment sujets à critique et qui pourraient relever d'une procédure disciplinaire. De façon schématique, il nous semble qu'il est possible de proposer les catégories suivantes :

---

(104) S. Guinchard, *Rép. proc. civ.*, V° « Responsabilités encourues pour fonctionnement défectueux du service public de la justice », n°89.

(105) Relevons au passage qu'en 2013, le doyen Serge Guinchard déplorait qu'il n'existât pas de « véritable responsabilité disciplinaire digne de ce nom pour faute d'un juge dans son activité juridictionnelle » (*Rép. proc. civ.*, préc., n° 60).

(106) Ch. Jarrosson, « Ethique, déontologie et normes juridiques dans l'arbitrage », *L'Éthique dans l'arbitrage*, Actes du colloque Francarbi, Bruylant, 2011, p. 9 ; v. également infra, chapitre 2 de ce rapport sur le rôle des institutions.

- Défaut d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre : si ce type de manquement est aujourd'hui principalement appréhendé par le biais du recours en annulation contre la sentence, ce dernier vise la sentence et non l'arbitre qui l'a rendue. Par ailleurs, comme nous l'avons vu en début de rapport, les actions en responsabilité contre les arbitres restent encore relativement limitées. Il nous paraît donc opportun d'envisager qu'une carence de l'arbitre dans sa déclaration d'indépendance et d'impartialité puisse également faire l'objet d'une sanction par le biais d'une procédure disciplinaire, qui serait bel et bien dirigée contre l'arbitre et non contre sa sentence.
- Conduite de la procédure en conformité avec les règles du procès équitable et respect du contradictoire : ce type de manquement est également appréhendé par le biais du recours en annulation, mais certains comportements échappent encore à toute sanction. C'est notamment le cas des communications entre un arbitre et une partie se tenant hors de la procédure, qui ne sont aujourd'hui pas sanctionnées et ce souvent faute de preuve. Une procédure disciplinaire pourrait être à cet égard un forum adapté, permettant de concentrer le débat sur ces questions, voire de permettre aux intéressés de fournir les preuves nécessaires (avec l'assurance de la confidentialité si celle-ci est requise).
- Célérité de la procédure et délai de reddition de la sentence : ce type de carence est aujourd'hui principalement appréhendé par les institutions d'arbitrage (qui ont la charge d'assurer la conformité du déroulement de la procédure à leur règlement) et par le fonctionnement du « marché » de l'arbitrage (les arbitres peu diligents étant de fait marginalisés ou exclus du système). Bien que le retard excessif dans la reddition d'une sentence puisse engager la responsabilité civile de l'arbitre<sup>107</sup>, cette sanction civile des cas extrêmes pourrait être doublée de mesures disciplinaires qui formaliseraient les règles implicites du « marché » de l'arbitrage.

---

(107) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 décembre 2005 (L. et B. Juliet c. Messieurs P. Catagnet, P. Couilleaux et A. Biotteau), *Bull. civ. I*, n° 462 ; *JCP* 2006.II.10066, note Th. Clay ; *D.* 2006.274, note P.-Y. Gautier ; *JCP éd. E.* 2006.1284, note G. Chabot ; *JCP éd. E.* 2006.1395, obs. J. Paillusseau ; publié aussi *in JCP* 2006.I.129 ; *RTD civ.* 2006.144, obs. Ph. Thery ; *RTD com.* 2006.297, obs. E. Loquin ; *Rev. contrats* 2006.812, obs. G. Viney ; *SIAR* 2006, n° 1, p. 149, note L. Degos.

- Qualité de la sentence : il en va de même pour la question de la qualité de la sentence rendue, dont dépend également largement la confiance faite à la justice arbitrale, qui n'est légitime qu'autant qu'elle offre des décisions de qualité au moins égale à celles des juridictions nationales. Bien que déjà assurée en partie par la vigilance et le contrôle des institutions, puis par le contrôle de l'existence de la motivation par le juge de l'annulation, la qualité de la sentence ne pourrait être que renforcée par l'existence de mesures disciplinaires sanctionnant des arbitres qui de manière répétée feraient preuve de légèreté ou de nonchalance dans l'exercice de leur mission première : statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel.

**Suffisance du phénomène de club ?** Au vu de la typologie ci-avant, il est possible de se demander si la pratique arbitrale actuelle, concentrée autour d'un vivier limité de praticiens, n'est pas de nature à s'autoréguler par elle-même. En effet, le phénomène de *club* présente des avantages : en cas de comportement défaillant, le membre en cause est généralement *de facto* exclu du corps en n'étant plus désigné. Les phénomènes d'auto-police existeraient donc déjà.

Toutefois, cet argument ne résiste pas à l'analyse. Il faut en effet bien admettre qu'il existe encore une certaine *omerta* dans le club des arbitres. Le cas de Pierre Estoup dans l'affaire *Tapie* est fréquemment mentionné même s'il est nécessaire d'attendre l'issue des procédures judiciaires toujours en cours pour pouvoir porter une appréciation sur la réalité des fautes commises. Les clubs semblent donc osciller entre le risque d'une *omerta* trop protectrice et celui d'une circulation trop informelle des informations au sein du groupe, menaçant parfois de relayer des accusations sans qu'aucune voie de contestation ni même de vérification de leur véracité ne soit jamais prévue.

Le droit disciplinaire a cela d'original que les sanctions qu'il inflige frappent l'agent dans ses intérêts de membre du groupe<sup>108</sup>. Si l'arbitrage est un club, la régulation des comportements de ses membres aurait donc tout intérêt à passer par une forme disciplinaire de responsabilité.

---

(108) J. Moret-Bailly, V° « Discipline », *Dictionnaire de la justice* (dir. L. Cadiet), PUF, 2004, p. 332.

Risques inhérents à l'autorégulation disciplinaire. La seconde question est celle de savoir si la régulation disciplinaire est adaptée à la recherche d'une plus grande transparence, qualité et confiance de la procédure arbitrale. L'autorégulation suscite en effet une certaine méfiance, qui risquerait d'être préjudiciable à l'arbitrage en donnant l'impression que l'on cherche à dissimuler et rester dans l'entre-soi : « Le recours spontané de certains milieux professionnels à l'éthique rend méfiants nombre d'auteurs, qui redoutent l'instrumentalisation dont elle pourrait faire l'objet, notamment lorsqu'elle intervient par le biais des codes de conduite »<sup>109</sup>.

Par ailleurs, la création d'un règlement disciplinaire uniforme conforterait un phénomène de professionnalisation de la pratique, or celle-ci n'est pas exempte de risque comme le relève une partie de la doctrine : « la professionnalisation de l'activité d'arbitre a pour conséquence de faire tendre l'arbitrage vers sa composante économique plus que vers sa dimension juridictionnelle. Elle revient également à diminuer le vivier possible des arbitres et donc à réduire cette "terre de libertés"<sup>110</sup> que constitue l'arbitrage »<sup>111</sup>.

Le besoin pourtant réel d'autorégulation disciplinaire. Des difficultés existent donc, et la mise en place de sanctions disciplinaires ne se ferait ni facilement, ni sans qu'il faille une certaine pédagogie expliquant la démarche et anticipant les éventuelles critiques exposées ci-dessus. Cependant, le besoin de régulation de la justice arbitrale est réel, et elle aurait tort de se priver d'un outil aussi souple que l'est la responsabilité disciplinaire<sup>112</sup>.

---

(109) Ch. Jarrosson, « Ethique, déontologie et normes juridiques dans l'arbitrage », *L'Éthique dans l'arbitrage*, Actes du colloque Francarbi, Bruylant, 2011, p. 6.

(110) P. Lalive, « Le choix de l'arbitre », Mélanges Jacques Robert, « Libertés », Montchrestien, Paris 1998, p. 353.

(111) Th. Clay, « L'arbitre est-il un être normal ? » *op. cit.*, spéc. p. 236.

(112) Il en est d'ailleurs de même pour la responsabilité des magistrats. On assiste actuellement à un mouvement (probablement à relier à la mode de la transparence) de renforcement des responsabilités et sanctions des juges. En septembre 2004, l'Institut Montaigne préconisait ainsi « d'organiser une procédure de traitement des réclamations des justiciables, de sanctionner disciplinairement les magistrats contre-performants qui commettent des fautes professionnelles, qu'elles soient ou non détachables du service judiciaire, et de mettre en place un mécanisme d'évaluation des magistrats en fonction de leurs résultats quantitatifs et qualitatifs » (Opuscule de l'Institut Montaigne paru en septembre 2004, p. 12)

En outre, un degré supérieur de moralisation des comportements est peut-être nécessaire dans le domaine de l'arbitrage, du fait des exigences spécifiques à la matière : non seulement celles de qualité et d'efficacité (tout comme la justice étatique), mais aussi de légitimité. Cela est d'autant plus vrai qu'il y a plus de risques lorsqu'un juge ou un arbitre statue seul (et que les risques sont renforcés dans les procédures à juge unique, ce qui explique par exemple que l'une des sanctions envisagées pour les magistrats soit l'interdiction de siéger dans de telles formations). C'est également d'autant plus vrai que l'un des principes fondamentaux de la justice arbitrale est la liberté laissée aux parties de choisir « leur » arbitre, et que l'impartialité de ce dernier est parfois remise en doute. Ce fut récemment le cas de manière spectaculaire dans un litige opposant la Croatie à la Slovénie sur un litige relatif à la localisation de leurs frontières respectives. Une Commission d'arbitrage dédiée à la résolution de ce conflit avait été créée en 2012, que la Croatie a quittée le 27 juillet 2015 en accusant l'arbitre désigné par la Slovénie de partialité. Face à de tels coups d'éclats, une réponse disciplinaire a déjà été proposée par le *Chief Justice Sundaresh Menon*, qui suggère d'avoir recours plus souvent aux procédures disciplinaires telles que celle du CI Arb dont il souligne les mérites en tant qu'organisation neutre, plus apte à mener ce genre de procédures qu'une institution arbitrale<sup>113</sup>.

Un autre risque est spécifique à la justice arbitrale : celui de la dissonance entre l'intérêt personnel de l'arbitre et l'intérêt collectif des utilisateurs de l'arbitrage. L'intérêt personnel de l'arbitre est en effet d'être renommé autant que possible (et cela est bien normal, puisque l'arbitre ne tient son pouvoir de juge que du contrat d'arbitre). À cet égard, il semble que la réputation que l'arbitre se constitue au fil des litiges qu'il tranche jouerait un « rôle disciplinant »<sup>114</sup>. Dès lors, et si l'enjeu pour l'arbitre est de se constituer la meilleure réputation possible, lui comme les parties auraient tout intérêt à ce qu'une instance extérieure s'assure que cette réputation soit directement fonction de sa probité. Cela pourrait tout à fait être le rôle joué par une procédure disciplinaire, qui serait alors vertueuse pour tous.

(113) S. Menon, « Menon's lesson from the Croatia-Slovenia case », *Global Arbitration Review*, 25 novembre 2016.

(114) S. Harnay, « Réputation de l'arbitre et décision arbitrale : quelques éléments d'analyse économique », *Rev. arb.*, 2012 p. 757.

**Modalités possibles de l'autorégulation disciplinaire.** En nous fondant à nouveau sur une analogie avec la justice ordinaire des avocats, il nous semble que l'un des gages de l'efficacité de toute procédure disciplinaire tient à la prédictibilité des sanctions et à leur publication.

Il ne s'agirait donc pas tant de surajouter une nouvelle voie de contestation à celles déjà offertes aux parties mécontentes d'un arbitrage, car ceci risquerait de fragiliser la justice arbitrale. La mise en place de sanctions disciplinaires accessibles publiquement, par exemple au sein d'une association existante ou nouvelle, à laquelle les arbitres s'affilieraient ou non volontairement, et bénéficiant d'une charte déontologique, pourrait acquérir une certaine valeur auprès des utilisateurs. En nommant un arbitre affilié, ces derniers auraient alors la garantie de pouvoir saisir l'institution ou l'association concernée en cas de faute disciplinaire de l'arbitre.

Outre les garanties que la mise en place d'une telle association offrirait aux utilisateurs de l'arbitrage, il nous semble qu'elle permettrait de protéger le recours en annulation dont l'objet doit rester la sentence. En effet, l'ouverture d'un nouveau for auprès duquel les utilisateurs pourraient faire valoir leurs griefs de nature disciplinaire à l'encontre de l'arbitre pourrait permettre de dépolluer le contentieux de l'annulation les plaintes disciplinaires à l'encontre des arbitres étant traitées par l'association à laquelle ces derniers seraient affiliés et les griefs adressés à la sentence étant traités par les juridictions compétentes. Ainsi les recours aux juridictions nationales ne seraient pas dévoyés de leur finalité première.

**La mise en place d'une Association spécifique.** Compte tenu de l'hétérogénéité du corps arbitral, ces procédures disciplinaires pourraient être instruites par l'intermédiaire d'une Association spécifiquement en charge des affaires de discipline. La mise en place d'une telle Association permettrait en effet de répondre à la difficulté posée par l'hétérogénéité du corps arbitral, tous les arbitres ayant ainsi vocation à pouvoir devenir membre de ladite Association, sans qu'il soit besoin qu'ils soient membres d'un même barreau, ni même d'une même profession. Ainsi, et malgré la grande diversité qui règne au sein de l'ensemble des arbitres nommés en France et ailleurs, une même charte éthique définissant les grandes lignes des comportements blâmables ou louables pourrait être adoptée,

et une même procédure disciplinaire avertissant ou condamnant les membres s'éloignant de ces pratiques pourrait être mise en place. Dès lors, une telle Association ne saurait fonctionner de manière satisfaisante sans que l'on puisse garantir qu'un nombre maximum d'arbitres viendraient s'y affilier. Pour ce faire, il faudra ouvrir autant que possible l'accès à cette Association, se parer de toute atteinte aux obligations de confidentialité qui peuplent la justice arbitrale et assurer la coopération avec les institutions arbitrales.

**Un accès largement ouvert comme garantie d'efficacité.** Pour qu'une telle Association soit efficace, il est absolument nécessaire qu'elle rassemble un vivier d'arbitres le plus large possible. Il serait donc bon que quelques grandes figures de l'arbitrage, dont la réputation n'est plus à faire, accordent leur parrainage à l'Association en même temps qu'ils s'y affilieraient. L'accès à cette Association devrait, quoi qu'il en soit, rester aussi ouvert possible, que ce soit en termes de coût d'affiliation ou de critères de sélection.

En ce qui concerne l'aspect financier, les modalités d'affiliation du CI Arb qui prévoient des tarifs progressifs selon la séniorité des membres nous semblent judicieuses, dans leur principe du moins<sup>115</sup>. Quoi qu'il en soit, il faudrait prendre garde à éviter que l'affiliation ne paraisse être un « certificat de bonne conduite » automatiquement délivré contre paiement. Peut-être faudrait-il même poser un principe de gratuité, rempart radicalement efficace contre tout soupçon de sélection par l'argent. Un financement provenant des institutions arbitrales serait peut-être envisageable, d'autant plus qu'il est essentiel que ces dernières travaillent de concert avec l'Association disciplinaire. Les institutions auraient un intérêt évident à promouvoir la transparence de la pratique arbitrale, dont dépend aujourd'hui en partie son attrait, et donc à s'associer à de tels projets.

Pour ce qui concerne les critères de sélection des membres, un mécanisme de cooptation pure et simple ne nous semblerait pas convenir à l'esprit recherché, puisqu'il risquerait de bien trop fermer le champ d'une

---

(115) Dans le système CI Arb, l'affiliation est même gratuite pour les étudiants. Son montant varie de 246,00 à 386,00 livres anglaises par membre et par année, selon le niveau d'affiliation (*associate, member, fellow*).



association qui se voudrait, au contraire, ouverte. Toute personne susceptible d'arbitrer un litige devrait pouvoir devenir membre de cette Association, juriste ou non, expérimenté ou non, sans que cette affiliation n'ait vocation à être une garantie de « qualité » des arbitres. Il ne s'agirait pas d'offrir aux utilisateurs de la justice arbitrale une liste d'arbitres chevronnés et jugés dignes de confiance, mais bien de mettre en place un mécanisme suffisamment courant pour que l'affiliation devienne quasi-automatique et permette ainsi de véritablement œuvrer pour la moralisation des comportements au sein de la communauté arbitrale.

**L'enjeu de la confidentialité.** Le premier des principes d'une association dédiée au contrôle disciplinaire des arbitres serait donc celui d'un quasi libre accès. Pour qu'un tel contrôle fonctionne de manière vertueuse, il nous semble essentiel que l'affiliation à l'association soit le plus largement répandue possible, et qu'elle soit aussi naturelle que le syndicalisme peut l'être dans certaines professions.

Dans cette perspective, l'un des enjeux majeurs sera sans doute celui de la confidentialité. Sans qu'il soit besoin de rentrer dans le débat de la valeur de l'obligation de confidentialité dans l'arbitrage international<sup>116</sup>, force est de constater que la confidentialité est souvent recherchée par les utilisateurs. Qu'elle soit de principe en matière interne<sup>117</sup> ou expressément prévue par les parties (comme cela est souvent le cas dans les clauses compromissaires ou les compromis d'arbitrage), la question de la confidentialité se posera nécessairement au cours des instances disciplinaires que nous envisageons. Cette question ne semble cependant pas de nature à faire échec à la mise en place de procédures disciplinaires dès lors que les parties seraient informées de l'existence de l'affiliation de l'arbitre à l'Association disciplinaire dès le stade de la constitution du Tribunal et qu'il serait prévu que les procédures disciplinaires soient confidentielles et que le nom des parties à l'arbitrage, dans les éventuelles décisions de sanction, soit anonymisé. Cela permettrait également

---

(116) Certains reconnaissent à l'obligation de confidentialité une valeur de principe (V. par ex. E. Gaillard, « Le principe de confidentialité de l'arbitrage international », *D.* 1987, chron. 153) tandis que certains sont plus réservés (V. not. E. Loquin, « Les obligations de confidentialité », *Rev. arb.* 2006.323).

(117) Par application de l'article 1464 du Code de procédure civile dont le quatrième alinéa dispose que : « Sous réserve des obligations légales et à moins que les parties n'en disposent autrement, la procédure arbitrale est soumise au principe de confidentialité. »

d'éviter que la procédure disciplinaire ne soit détournée de sa finalité et instrumentalisée par des plaideurs cherchant en réalité à porter le litige dans l'espace public pour faire pression sur leurs adversaires. Dans les cas les plus graves, un bref communiqué pourrait rendre public un résumé des faits ayant été condamnés, en prenant garde de garantir le strict anonymat des personnes concernées.

**La nécessaire coopération avec les institutions.** La protection de l'esprit de l'arbitrage et des engagements de ses acteurs interdit donc de faire fi de toute obligation de confidentialité. Pour autant, il est essentiel de s'assurer que les manquements les plus graves auront des conséquences autres qu'une condamnation à huis clos, sans quoi on retomberait dans l'*omerta* décriée plus haut. Le seul moyen d'assurer l'équilibre entre ces obligations contraires nous semble être la coopération avec les institutions arbitrales. Ces dernières pourraient en effet avoir tout intérêt à exiger des arbitres qu'elles nomment qu'ils soient affiliés à l'Association disciplinaire décrite plus haut, car cela offrirait une nouvelle garantie aux parties soumettant leur litige à l'administration de cette institution sans faire peser sur elle aucune obligation supplémentaire (puisque tout le contentieux disciplinaire serait pris en charge par l'Association). Ainsi, les arbitres seraient incités à s'affilier pour pouvoir être nommés, l'Association disciplinaire remplirait une condition essentielle de son bon fonctionnement (le grand nombre des affiliés) et les institutions pourraient garantir à leurs utilisateurs de ne pas nommer des arbitres sous le coup d'une sanction disciplinaire (de manière temporaire ou définitive).

Alternativement, les institutions pourraient se contenter d'externaliser le traitement d'éventuels manquements disciplinaires portés à leur connaissance, en chargeant au cas par cas une instance disciplinaire rattachée à une association neutre de se prononcer sur le comportement d'un arbitre ayant été nommé par l'institution. C'est d'ailleurs ce qui a été proposé pour le CI Arb par certains commentateurs à la lumière du conflit frontalier slovéno-croate<sup>118</sup>. Cette autre façon de procéder – bien qu'intéressante – si elle était appliquée par l'Association risquerait toutefois de faire de cette dernière un censeur plus qu'un regroupement très largement ouvert comme nous l'envisagions. Par conséquent, il nous semblerait

---

(118) S. Menon, « Menon's lesson from the Croatia-Slovenia case », *op. cit.*

préférable que le rôle de l'Association disciplinaire ne soit pas limité à la sous-traitance des questions disciplinaires portées à l'attention des institutions, mais bien qu'elle soit l'interlocutrice directe des parties ayant des reproches à formuler à ceux qui ont arbitré leur litige<sup>119</sup>.

Quelle que soit la forme de coopération choisie, les sanctions que prononceraient les instances disciplinaires d'une telle Association pourraient donc permettre en premier lieu d'éviter que soient nommés à nouveau des arbitres ayant commis des manquements graves, mais aussi de rappeler à tous l'importance de faire preuve d'un comportement exemplaire, seul garant de la confiance faite à l'arbitrage en tant que système. Le mot « discipline » dérive du substantif latin *disciplina*, qui signifie l'action d'apprendre. Pour continuer à se développer harmonieusement, la justice arbitrale ne pourrait que bénéficier d'un contrôle bienveillant de ses acteurs par leurs pairs, sous la forme d'une discipline commune permettant aux uns d'apprendre des erreurs des autres.

Force est de constater que la question de la moralisation des comportements se pose aujourd'hui avec une acuité particulière dans le monde de l'arbitrage, et que la réponse idéale n'a pas encore été trouvée. La mise en place d'éventuelles procédures et sanctions disciplinaires ne sera sans doute pas une recette miraculeuse permettant de préserver la justice arbitrale de tout écart de conduite. Elles pourraient toutefois être une sorte de troisième voie équilibrée entre l'impunité de certains arbitres (dont les comportements fautifs sont dommageables au-delà du litige qui leur était soumis car ils engagent l'image de la justice arbitrale tout entière) et la querulence de certains plaideurs (dont les velléités contestatrices ne dépasseraient pas les premiers stades de la procédure et ne pollueraient pas les tribunaux étatiques, déjà bien assez engorgés).

---

(119) Quoiqu'il en soit, la question de la coopération avec les institutions dépendra bien évidemment de la place que celles-ci souhaitent occuper dans le contrôle extra-judiciaire des comportements des arbitres. V. *Infra*, partie Chap. 2.

# CHAPITRE 2

## La responsabilité institutionnelle

---

Hors hypothèses de mise en jeu de sa responsabilité, le comportement de l'arbitre n'échappe pas à tout contrôle. Dans le cadre d'un arbitrage dit institutionnel, c'est-à-dire supervisé par un centre d'arbitrage préconstitué, communément dénommé « centre d'arbitrage » ou « institution d'arbitrage », l'arbitre est lié à l'institution par un ensemble d'obligations de nature contractuelle, que ces obligations résultent, selon la doctrine, d'un contrat dit de « collaboration arbitrale » ou d'un contrat *sui generis*. Le non-respect d'obligations mises à sa charge par ce contrat est susceptible d'engager la mise en œuvre d'un mécanisme de sanction contractuelle, connu et accepté par l'arbitre. Son comportement peut alors faire l'objet d'une sanction contractuelle (I) mais le rôle de l'institution dans le contrôle du comportement des arbitres ne se limite pas à l'application de mesures prévues par le règlement d'arbitrage ou les autres documents contractuels applicables. L'institution peut aussi exercer un véritable pouvoir disciplinaire (II).

### I. La sanction contractuelle

En acceptant sa mission, l'arbitre se soumet aux obligations énoncées de manière expresse ou implicite dans un ensemble de documents contractuels. Il convient dès lors de s'interroger sur la source de l'obligation contractuelle visée (A) puis sur la typologie des sanctions (B).

## A. La source de l'obligation contractuelle sanctionnée

La variété des documents régissant la mission de l'arbitre peut rendre délicate l'identification de ses obligations. Le règlement d'arbitrage de l'institution met à la charge de l'arbitre un certain nombre d'obligations : conduire la procédure de manière impartiale, dans les délais impartis, rendre une sentence, corriger la sentence le cas échéant, ne pas déroger par une convention particulière avec les parties au barème de rémunération de l'institution, etc. Le nombre et l'étendue de ces obligations prévues par le règlement d'arbitrage varient selon les institutions. Toutefois, le règlement d'arbitrage n'énonce pas nécessairement de manière exhaustive les obligations de l'arbitre. Il faudra souvent étudier d'autres documents de l'institution tels que son règlement interne, les brochures promotionnelles, les guides et lignes directrices, les notes<sup>120</sup>, un code ou des principes d'éthique, les documents-modèles pour déterminer si tel comportement est imposé, préconisé, admis, toléré ou prohibé<sup>121</sup>.

Le règlement d'arbitrage de l'institution impose des obligations reprises d'un texte légal ou réglementaire, par exemple l'obligation d'indépendance et d'impartialité, en y ajoutant certaines exigences et modalités de mise en œuvre. Ainsi, le règlement peut poser que l'arbitre pressenti doit satisfaire à une obligation continue de révélation dont le standard d'appréciation est contractualisé<sup>122</sup> avec le centre, encadré par le droit positif, voire contractualisé et encadré par le droit positif les deux situations n'étant pas mutuellement exclusives. À défaut de respect de cette obligation d'indépendance et d'impartialité, le centre d'arbitrage peut à la demande d'une partie ou de sa propre initiative initier une procédure conduisant éventuellement au remplacement de l'arbitre contrevenant.

---

(120) Par exemple, la note aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l'arbitrage selon le règlement d'arbitrage de la CCI en date du 1 mars 2017, <https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/ICC-Note-to-Parties-and-Arbitral-Tribunals-on-the-Conduct-of-the-Arbitration-FRENCH.pdf>.

(121) Parmi les documents de type « lignes directrices », on peut notamment citer les Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, émises pour la première fois en 2004 et dont la version anglaise a fait l'objet d'une mise à jour en 2014.

(122) V. par exemple, le Règlement d'arbitrage de la CCI, articles 11(2) et 11(3).

La mise en œuvre des obligations posées par le règlement peut également conduire l'institution d'arbitrage à exiger que tout arbitre pressenti complète un document-modèle indiquant qu'il accepte sa mission et qu'il est en mesure de l'accomplir<sup>123</sup>. L'arbitre peut avoir à déclarer qu'il est disponible, qu'il a souscrit une police d'assurance adéquate, qu'il est en mesure de recevoir les sommes correspondant au versement de ses honoraires et remboursement de frais. La preuve de la véracité de ces déclarations de l'arbitre par le centre n'est pas nécessairement aisée. De plus si la preuve de l'accomplissement de la formalité requise peut être rapportée, l'identification précise de sa portée peut être difficile. La preuve de la disponibilité peut être faite par la fourniture au centre d'arbitrage par l'arbitre d'une liste de dates ou de périodes pendant lesquelles il est, n'est pas ou n'est que de manière sporadique et limitée, à même de répondre aux sollicitations des parties. Les arbitres investis pour conduire la procédure dans une affaire peuvent par exemple fournir au centre d'arbitrage un calendrier dans lequel ils auront biffé leurs dates de congés et d'audiences dans d'autres affaires. La communication d'une attestation de souscription d'une police d'assurance responsabilité civile par l'arbitre n'est généralement pas demandée par l'institution d'arbitrage et une telle attestation ne garantit pas que tout dommage futur soit couvert par la police. Cela peut tenir à de la nature du litige ou de la condamnation constitutifs du dommage, par exemple en matière pénale, ou au fait que tel type de dommage ne pourrait être couvert que par une assurance locale.

Dans cette situation, l'obligation sanctionnée figure non dans le règlement de l'institution mais dans des documents « dérivés ». L'origine différente de l'obligation ne signifie toutefois pas que le comportement considéré comme déviant par l'institution soit moins sévèrement réprimé. L'arbitre, indisponible sans justification valable, pourrait être destitué de la propre initiative de l'institution ou à la demande d'une partie.

---

(123) La CCI exige ainsi la signature d'une déclaration d'acceptation de sa mission par laquelle l'arbitre s'engage à la fois sur son impartialité et indépendance comme sur sa disponibilité (le document-modèle est disponible en ligne à l'adresse suivante : <https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/ICC-Arbitrator-Statement-Acceptance-Availability-Impartiality-and-Independence-ICC-Arbitration-Rules-FRENCH.pdf>).

L'acte de mission contractualise les obligations qui y sont énoncées. L'institution veillera à ce que ces obligations soient respectées par les arbitres, a fortiori lorsque l'institution approuve cet acte de mission et ne limite pas son rôle à simplement prendre note de son existence. Le non-respect de l'acte de mission par l'arbitre susciterait a minima un questionnement de ce dernier par l'institution et, à défaut d'explication satisfaisante pour l'institution d'arbitrage, une série de mesures allant d'une diminution de la rémunération allouée à l'arbitre à son remplacement.

## B. La typologie des sanctions

Tout règlement d'arbitrage doit prévoir les modalités de contrôle des engagements contractuels des arbitres. Dans un arbitrage institutionnel, il revient à l'institution de mettre en œuvre les sanctions édictées par le règlement.

La sanction peut consister en une mesure à caractère financier ou en la perte de la qualité d'arbitre.

En matière financière, l'institution dispose de deux moyens pour veiller au respect de leurs obligations par les arbitres. Elle peut imposer aux contrevenants une diminution de leurs honoraires ou les en priver totalement. Ce pouvoir de limitation, voire de privation intégrale de rémunération, rencontre parfois des difficultés pratiques.

Les arbitres peuvent prétendre ne pas avoir connu cette faculté reconnue à l'institution du fait de l'ambiguïté ou du silence des documents contractuels. Il convient que l'institution fasse connaître publiquement sa position et les modalités d'exercice de ce droit à sanction, par exemple en précisant si la sanction financière est prise au cas par cas en fonction des circonstances de l'espèce ou si un barème ou une somme forfaitaire trouve à s'appliquer.

Certaines règlementations, notamment professionnelles, peuvent prévoir une rémunération minimale pour certaines tâches. Par exemple, les règles du barreau peuvent fixer un honoraire plancher pour les services d'un avocat. L'avocat agissant comme arbitre peut-il alors être rémunéré à un tarif inférieur à celui prévu par le règlement du barreau ? La privation

totale de rémunération peut être considérée comme abusive, l'arbitre sanctionné ayant néanmoins travaillé, n'ayant jamais accepté de travailler pro bono et devant être compensé. Pour éviter un risque de contestation de la décision par l'arbitre et de poursuite devant le juge du contrat de collaboration arbitrale, l'institution verse parfois une somme minimale à l'arbitre pour le travail effectué. Dans ce cas de figure, il est proposé que l'institution fixe une somme forfaitaire, fonction de l'avancement de la procédure et des tâches effectuées par l'arbitre, et communique au public les informations afférentes à cette politique afin de minimiser les risques de poursuite.

La sanction financière est imposée à l'intégralité du tribunal arbitral or il peut n'y avoir qu'un ou deux fautifs au sein d'un tribunal arbitral de trois membres. Un arbitre pourrait ainsi refuser d'être privé d'une partie de ses honoraires du fait du comportement d'un autre membre du tribunal arbitral. L'arbitre se considérant comme lésé pourrait demander réparation au co-arbitre qu'il considère comme responsable de son dommage pécuniaire. Cet arbitre pourrait également demander à l'institution d'arbitrage d'opérer un contrôle plus fin et différencié du comportement des membres du tribunal arbitral afin d'obtenir une rémunération de chacun correspondant plus précisément à ses diligences. Plus la supervision de la procédure arbitrale par le centre est étendue, plus cet argument semble devoir être pris au sérieux par l'institution. Il convient donc qu'elle fasse connaître de manière explicite et avant même l'acceptation de sa mission par l'arbitre, les règles qu'elle entend appliquer pour sanctionner un comportement déviant.

Les manquements des arbitres à leurs obligations considérées par les parties et l'institution comme étant les plus graves peuvent conduire à la destitution des arbitres. La mise en œuvre de la procédure de destitution n'aboutit pas automatiquement à la perte de la qualité d'arbitre. L'initiative de la procédure peut émaner des parties s'accordant sur la révocation de l'arbitre. L'initiative peut également venir d'une partie formulant une demande de récusation. L'initiative peut enfin venir de l'institution. Si, hors hypothèse de fraude ou d'illicéité du contrat litigieux, l'accord des parties pour destituer l'arbitre pose peu de questions en pratique car l'on imagine mal un arbitre se maintenir nonobstant la volonté contraire de



la totalité des parties l'ayant investi, l'initiative unilatérale d'une partie ou de l'institution requiert que les griefs faits à l'arbitre lui soient communiqués, qu'il puisse faire valoir les arguments qu'il considère pertinents pour sa défense, voire que les autres membres éventuels du tribunal arbitral soient également informés et en mesure de présenter leurs observations. Ceux-ci peuvent rester silencieux ou au contraire formuler des observations en défense de l'arbitre contesté ou au soutien de la récusation. Cette attitude pose la question du rôle des arbitres dans le contrôle du respect des obligations mises à leur charge. Existe-t-il une obligation de vigilance de l'arbitre qui l'obligerait à dénoncer à l'institution un membre du tribunal au comportement déviant ? Afin de clarifier la pratique et d'explicitier le comportement attendu par l'institution dans de telles circonstances, faudrait-il poser expressément l'existence d'une obligation de vigilance, par exemple dans le règlement d'arbitrage du centre, dans un code d'éthique ou un autre document du centre ?

La mise en œuvre de ces sanctions pose la question de la possibilité offerte aux arbitres sanctionnés de se défendre. L'arbitre doit être à même de comprendre ce qui lui est reproché. C'est pourquoi l'institution doit prévoir quels sont les griefs qui seraient susceptibles de déboucher sur une destitution, en informer les arbitres et les parties<sup>124</sup> et, lorsqu'une demande de récusation ou une situation de remplacement de l'arbitre surgit, informer l'arbitre des griefs qui sont formulés à son encontre et l'avertir de l'éventualité d'une sanction. La transparence et l'exhaustivité de l'information sont d'autant plus nécessaires que le questionnement d'un comportement devant l'institution exerce une pression morale forte sur l'arbitre, notamment lorsque l'institution soumet la question à une cour ou un organe collégial formé de pairs. Les dommages à la réputation de l'arbitre peuvent être importants.

---

(124) Par exemple, l'institution peut publier des notes, articles ou recueils de décisions traitant de cette question afin d'informer les acteurs de l'arbitrage de la pratique du centre. En ce sens voir A. Carlevaris et R. Digon, « Arbitrator Challenges under the ICC Rules and Practice », *ICC Dispute Resolution Bulletin*, 2016, p. 23.

## II. La sanction non contractuelle

L'institution d'arbitrage peut refuser d'entrer dans une relation contractuelle avec un arbitre. L'institution ne nommerait pas l'arbitre pressenti ou refuserait de le confirmer lorsqu'il a été proposé par une ou plusieurs parties. Ce refus de contracter pourrait s'expliquer par la fourniture d'informations insuffisantes par l'arbitre mettant l'institution d'arbitrage dans l'impossibilité d'exécuter ses obligations envers les parties. Une telle situation pourrait se rencontrer si un arbitre refusait de se soumettre à l'obligation de révélation permettant de vérifier son indépendance.

L'institution peut exercer une police des comportements en retirant de sa liste d'arbitres, lorsqu'il y en a une, les individus qui n'ont pas donné satisfaction, en les boycottant, ou encore en les inscrivant sur une « liste noire » réelle ou virtuelle. La question se pose alors de savoir selon quelles règles et par qui le comportement jugé répréhensible est évalué et sanctionné. Dans cette optique, outre les problématiques liées au droit de la défense, se pose la question de la collecte, de la conservation et de l'échange de données à caractère personnel. La législation en la matière doit être respectée<sup>125</sup>, ce qui impose notamment à l'institution d'explicitier la finalité du traitement de l'information et de permettre un droit d'accès et de rectification aux personnes dont les données ont été collectées.

Ces questions se posent également lorsque l'institution est susceptible de transmettre l'information collectée dans un ordre juridique différent de celui de la collecte. Ce sera par exemple le cas dans les situations d'échange d'informations entre institutions d'arbitrage ou entre bureaux et personnes morales ou physiques en charge d'administrer les affaires d'arbitrage.

---

(125) Notamment dans le contexte du Règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données).

# CHAPITRE 3

## La responsabilité entre arbitres

---

Incontestablement le coarbitre est un acteur dont le rôle est en train de se renforcer au sein du processus arbitral. S'il s'entend traditionnellement de l'arbitre qui, dans un tribunal arbitral collégial, n'en est pas le président, on peut aussi le définir par sa fonction, à savoir celui qui siège avec d'autres arbitres.

Or cette fonction, outre les obligations classiques qui pèsent sur chaque arbitre, induit nécessairement des relations entre les arbitres, faites elles aussi de droits et d'obligations mutuelles.

Certes, tous les arbitres sont individuellement désignés par les parties, certes également chacun a une relation contractuelle spécifique avec les litigants ensemble, et il y a autant de contrats d'arbitres que d'arbitres, certes enfin le sort de chaque arbitre dans un même tribunal arbitral est personnel, mais leur aventure est commune. Dès lors, chaque coarbitre est forcément concerné par le comportement de ceux qui siègent avec lui et qui pourraient engager sa responsabilité personnelle, alors même qu'il ne serait pas lui-même fautif. Ainsi en est-il par exemple d'un arbitre insuffisamment diligent qui, par sa seule faute, laisse dépasser un délai d'arbitrage, ce qui pourra être reproché aux trois arbitres.

La seule manière pour le coarbitre de ne pas se voir reprocher une forme de passivité qui a permis la commission de la faute par l'un des arbitres consiste à faire preuve de vigilance à l'égard de ceux avec lesquels il siège.

Sous le double effet de l'augmentation à la fois du nombre de personnes nommées arbitres et des mises en jeu de leur responsabilité, l'obligation de

vigilance entre arbitres constitue sans nul doute l'un des faits les plus marquants de l'évolution de ces dernières années<sup>126</sup>. Le contrôle du comportement de l'arbitre est désormais assuré aussi par le coarbitre, dans une forme d'autocontrôle au sein du tribunal arbitral (I) susceptible d'engager sa responsabilité personnelle (II).

## I. L'obligation de vigilance du coarbitre

C'est le contrat d'arbitre qui, pour l'essentiel, fixe les obligations, donc le comportement, de chaque coarbitre. Ils savent à quoi s'en tenir : les arbitres ne sont pas liés les uns avec les autres par un lien contractuel et peuvent se voir poursuivis individuellement. Aussi, afin de ne pas être entraîné par les errements d'un coarbitre que l'on n'a pas choisi et que parfois même on subit, le coarbitre doit-il être particulièrement vigilant tout au long de sa mission, c'est-à-dire, aussi bien avant, pendant qu'à la fin de l'instance.

Que doit faire un coarbitre confronté à un comportement déviant d'un de ceux avec qui il siège ? On peut imaginer plusieurs niveaux de déviance, de degrés divers.

Il y a d'abord le coarbitre surmené, insuffisamment diligent, qui n'arrive pas à proposer des dates dans un délai raisonnable, arguant des autres instances dans lesquelles il est engagé, comme conseil ou comme arbitre. Ce n'est pas le manquement le plus grave, mais c'est peut-être le plus répandu. Il contrevient aux obligations de diligence et de disponibilité qui siègent dans le contrat d'arbitre et qui sont désormais mentionnées à l'article 1464 du Code de procédure civile. Ces obligations impliquent une vigilance non seulement à l'égard de soi-même, mais aussi à l'égard des litigants, et même à l'égard des coarbitres<sup>127</sup>. En effet, ces obligations de diligence et de disponibilité pèsent sur chacun des coarbitres individuellement, quel que soit le comportement des autres, qui ne sera

---

(126) Sur le sujet, cf. l'étude de Thomas Clay, dont s'inspire la présente partie de ce rapport : « Le coarbitre », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*. Lextenso, 2015, p. 133. Adde P. Tercier : « Entre nous. A propos des relations entre arbitres », *Rev. arb.* 2017.1053.

(127) Th. Clay, *L'arbitre*, Dalloz, collection Nouvelle Bibliothèque de thèses, préface de Philippe Fouchard, 2001, spéc. n° 791.

pas exonératoire de sa propre responsabilité. Si une procédure s'éternise de manière anormale, même par la faute d'un seul arbitre, cela pourra être reproché aux trois coarbitres. Il en va de la responsabilité de chaque arbitre de faire en sorte que les instances ne s'éternisent pas.

Il y a ensuite le cas, plus grave, du coarbitre qui, manifestement, communique des informations à une partie, le plus souvent celle qui l'a nommé. Avec un peu d'expérience, de tels manquements à l'obligation de secret se détectent immédiatement. Or il est de la responsabilité du coarbitre de soulever cette déviance et d'exiger du président qu'il obtienne deux choses : d'une part, que toutes les informations précédemment transmises à une partie le soient également à l'autre partie ; d'autre part, qu'il soit mis immédiatement fin à cette dérive. En cas de refus du président d'intervenir, ou si c'est le président qui est en cause, le coarbitre doit le faire à sa place.

Il y a enfin un troisième niveau de déviance, le plus grave : lorsque le coarbitre est partie prenante de l'arbitrage, et peut-être même complice d'une fraude à l'arbitrage. Des exemples existent, certains très médiatisés. Si la responsabilité du coarbitre fautif n'est pas discutable et peut se rechercher sur le terrain civil, voire pénal, le comportement des coarbitres qui ont laissé faire n'est pas non plus exempt de tout reproche. Chaque coarbitre doit en effet tout faire pour ne pas être emporté par les turpitudes de l'un des membres du tribunal arbitral, en commençant par les dénoncer au sein du tribunal arbitral.

Sur ce point, on peut se demander si le coarbitre « vertueux » peut démissionner pour ne pas se rendre complice. Il serait préférable de l'éviter car ce serait laisser l'arbitrage aux fraudeurs. Il peut bien sûr menacer de démissionner, puisque, en jurisprudence, une telle menace n'est pas assimilée à une démission<sup>128</sup>, mais ne le faire qu'en dernière extrémité. La Cour d'appel de Paris a d'ailleurs accepté le déport du coarbitre dans ce type de circonstances<sup>129</sup>, et une telle démission ne devrait pas mettre en jeu sa responsabilité civile.

(128) Versailles 24 janvier 1992 (Sté Degrémont), *Rev. arb.* 1992.625, obs. J. Pellerin (la question de la menace de démission n'est pas reproduite dans cette présentation de l'arrêt).

(129) Paris 1<sup>er</sup> juillet 1997 (ATC-CFCO), *rép. gén.* n° 95/80283 ; *Rev. arb.* 1998.131, note D. Hascher ; *Yearb. Comm. Arb.*, vol. XXIVa, 1999.281 ; *New York Law Journ.*, 4 juin 1998, obs. E. Gaillard ; *RDAI* 1998.545, obs. Ch. Imhoos.

Tout cela montre bien qu'il existe des parades, dans l'arsenal juridique, pour lutter contre les comportements déviants des coarbitres. Mais, au-delà du Code de procédure civile, on trouve en droit positif d'autres moyens, autrement plus efficaces et redoutables, dès lors que le comportement du coarbitre permet de mettre en jeu sa responsabilité personnelle.

## II. La responsabilité du coarbitre

Les fautes personnelles du coarbitre évoquées ci-dessus peuvent mettre en jeu sa responsabilité, laquelle peut être actionnée soit par une partie soit même par un coarbitre.

Outre les griefs reprochés à l'encontre de n'importe quel arbitre, il y en a d'autres qui sont spécifiques au coarbitre, comme le fait de n'avoir pas été suffisamment vigilant à l'égard d'un comportement déviant, et dont les turpitudes auraient fini par un causer un dommage au litigant agissant. On pourrait par exemple imaginer qu'un coarbitre s'empare littéralement de l'instance arbitrale pour rendre une sentence partielle au seul profit de la partie qui l'a nommé, et qu'il n'ait pu le faire que grâce à la passivité, sinon la flemme, de ses deux coarbitres. C'est précisément ce qui s'est passé dans l'affaire CDR/Tapie ce que la Cour d'appel de Paris a sanctionné dans des termes très durs : « [Le coarbitre], au mépris de l'exigence d'impartialité qui est de l'essence même de la fonction arbitrale, a, en assurant une mainmise sans partage sur la procédure arbitrale, en présentant le litige de manière univoque puis en orientant délibérément et systématiquement la réflexion du tribunal en faveur des intérêts de la partie qu'il entendait favoriser par connivence avec celle-ci et son conseil, exercé une influence déterminante et a surpris par fraude la décision du tribunal arbitral ; à cet égard, la circonstance que la sentence ait été rendue à l'unanimité des trois arbitres est inopérante dès lors qu'il est établi que l'un d'eux a circonvenu les deux autres dans un dessein frauduleux »<sup>130</sup>.

---

(130) Paris 17 février 2015 (CDR / Tapie), *rép. gén.* 13/13278 ; D. 2015.1253, note D. Mouralis ; *JCP* 2015.289, note S. Bollée ; *Rev. arb.* 2015.832, note P. Mayer ; *PA* 2015, n° 221, p. 8, note M. Henry ; *Gaz. Pal.* 3-4 avr. 2015, p. 17, obs. M. Boissavy ; *Procédures* 2015, étude n° 4, obs. L. Weiller ; *B-Arbitra* 2015-2, obs. M. Nioche ; *Economie matin* 9 mars 2015, obs. D. Mouralis ; *D.* 2015.425, obs. Th. Clay ; *D.* 2015.2031, obs. L. d'Avout ; *D. Actualité*, 20 févr. 2015, obs. X. Delpéch ; *D.* 2015.439.

Allant plus loin, il est également possible de reprocher au coarbitre un manque de discernement dans le choix d'un président fautif ou insuffisamment disponible.

De telles actions sont envisageables et ont tendance à se multiplier, même si le droit positif a posé une immunité pour l'arbitre sur le fond de la décision qu'il rend. Mais cette limitation de responsabilité ne doit pas s'interpréter comme un permis de cécité face aux manquements des coarbitres. Chaque coarbitre peut être personnellement tenu responsable, sans se soucier de l'attitude des autres coarbitres qui n'est nullement exonératoire.

Individuelle est aussi, bien sûr, la responsabilité pénale, qui peut être engagée, non seulement contre l'arbitre fautif<sup>131</sup>, mais aussi contre ses coarbitres à qui l'on peut reprocher une complicité passive.

Le caractère synallagmatique du contrat d'arbitre implique que si une partie peut agir contre un arbitre, l'inverse est également possible et le coarbitre peut donc agir s'il a des griefs à formuler, soit à l'encontre d'une partie, si, par exemple, elle ne lui a pas versé les honoraires dus ou ne lui a pas remboursé les frais qu'il a engagés<sup>132</sup>, soit même à l'encontre d'un de ses coarbitres dont il estime qu'il lui a causé un préjudice.

Cette seconde action, rarement évoquée<sup>133</sup>, est d'autant plus intéressante que, cette fois-ci, le coarbitre ne bénéficiera plus de l'immunité attachée à sa fonction juridictionnelle, puisqu'il n'est pas juge du litige avec son coarbitre. Il sera donc soumis au régime de responsabilité civile de droit commun, et même à une responsabilité civile délictuelle, et non pas contractuelle, car il n'existe pas de contrat entre coarbitres.

L'action d'un coarbitre contre un autre peut emprunter deux voies. Elle peut d'abord être directe si le coarbitre entend obtenir réparation du préjudice qu'il prétend avoir subi du fait de son coarbitre. On peut imaginer par exemple un préjudice lié à la violation du secret du délibéré à

(131) D. Chilstein : « Arbitrage et droit pénal », *Rev. arb.* 2009, p. 3.

(132) Ex. : TGI Paris 25 novembre 1999 (B. et *alii*), D. 2003.Somm.2475, obs.Th. Clay.

(133) Voir tout de même les questions posées, pour la première fois à notre connaissance, par Pierre Duprey et les réponses de Laurent Aynès : « Débats », in W. Ben Hamida et Th. Clay (dir.) : *L'argent dans l'arbitrage*. Lextenso, 2013, p. 186.

l'encontre du coarbitre bavard qui a livré des informations confidentielles. Mais on peut penser surtout au préjudice de réputation — le plus précieux capital de l'arbitre<sup>134</sup>—, en raison des turpitudes d'un des coarbitres dans le tribunal arbitral. Rien n'empêche en effet un coarbitre, dont le nom aurait été, comme dans l'affaire CDR/Tapie par exemple, jeté en pâture dans la presse, pour avoir siégé dans un tribunal arbitral coupable d'une fraude à laquelle lui-même serait personnellement étranger, d'agir contre le fautif. Ne pas le faire pourrait même parfois donner l'impression de cautionner le comportement répréhensible.

L'action d'un coarbitre contre un autre peut ensuite être récursoire si le premier a été condamné en raison de l'action d'une partie, voire d'un centre d'arbitrage. Cela se produira notamment si une partie ne recherche la responsabilité que d'un seul coarbitre, soit qu'elle l'estime fautif, soit qu'elle l'évalue plus solvable.

Sans doute la perspective d'actions entre coarbitres relève d'une vision quelque peu conflictuelle de l'arbitrage. Sans doute également les actions entre coarbitres ne sont pas la meilleure manière d'assurer un climat serein dans le tribunal arbitral et un développement paisible de l'arbitrage. Et sans doute, surtout, ne faut-il nullement les encourager.

Mais force est de constater que se sont développées ces dernières années des actions en responsabilité civile contractuelle ou délictuelle contre des arbitres<sup>135</sup>, en responsabilité civile contractuelle contre des litigants, en responsabilité civile contractuelle contre des centres d'arbitrage, des actions pénales contre des arbitres, avec parfois des chefs de poursuite lourds comme l'escroquerie en bande organisée ou le faux et usage de faux pour une déclaration d'indépendance incomplète. Il est donc raisonnablement prévisible que, l'étape suivante, notamment de la part de coarbitres qui se seraient trouvés dans ce type de procédures,

(134) S. Harnay : « Réputation de l'arbitre et décision arbitrale : quelques éléments d'analyse économique », *Rev. arb.* 2012.757 ; Y. Derains : « Le professionnalisme des arbitres », in D. Fernández-Arroyo (dir.) : « Les qualités des arbitres », *Cah. dr. entrepr.* 2012, n° 4, p. 21, spéc. p. 26. Contra : P. Lalive : « Du courage dans l'arbitrage international », *Rev. de Arbitragem e Mediação*, 2009, n° 21, p. 157, spéc. p. 159 ; P. Mayer : « La liberté de l'arbitre », *Rev. arb.* 2013.339, spéc. n° 19.

(135) En dernier lieu, cf. Paris 31 mars 2015 (Delubac), *Rép. gén.* n° 14/05436 ; *Paris Journ. Intern. Arb.* 2015.313, note M. Henry ; *Rev. arb.* 2016.493, note J.-S. Borghetti ; *RTD civ.* 2015.612, obs. H. Barbier ; *D.* 2015.2596, obs. Th. Clay ; *Gaz. Pal.* 19-20 juin 2015, p. 20, obs. D. Bensaude.



soit les actions entre coarbitres. Autant anticiper et tenter de dessiner les premières lignes d'un cadre juridique efficient, comme le propose ce rapport. Espérons également que le fait d'en parler aura un effet suffisamment dissuasif pour prévenir les comportements irréguliers.

# CONCLUSION ET PROPOSITIONS

---

À l'issue de l'étude du régime français de la responsabilité de l'arbitre, à l'aune du droit comparé, la Commission constate d'abord qu'en pratique les droits de common law et les droits de tradition civiliste n'offrent pas, en dépit des approches différentes qu'ils adoptent, des solutions aussi différentes que l'on pourrait le penser de prime abord.

S'agissant d'abord de la responsabilité civile, la Commission considère ensuite que l'approche choisie par le droit français assure une plus grande intégrité à la justice arbitrale que les droits qui attribuent une immunité aux arbitres. Tout en protégeant la fonction juridictionnelle de l'arbitre, le droit français offre ainsi un régime équilibré, en évitant strictement en amont que des recours dilatoires ne paralysent l'arbitrage, tout en ménageant en aval la possibilité d'engager la responsabilité de l'arbitre lorsque ses fautes ont causé un préjudice aux parties.

La Commission reconnaît toutefois que l'analyse détaillée de la jurisprudence révèle que certains points pourraient être utilement clarifiés voir légèrement modifiés. La Commission formule à cet égard les propositions suivantes.

Proposition n° 1 : Les fautes de nature à lever l'immunité dont jouit l'arbitre dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle pourraient être plus précisément définies. La Commission estime que le droit français gagnerait en lisibilité et en prévisibilité en cantonnant les fautes de nature à écarter l'immunité à la faute lourde.

Proposition n° 2 : La nature exacte de l'obligation de révélation à la charge de l'arbitre devrait être précisée. La Commission propose de considérer que l'arbitre est tenu à cet égard à une obligation de moyens renforcée.

Proposition n° 3 : La validité de principe des clauses limitatives de responsabilité devrait être confirmée. La Commission considère que rien ne justifie de ne pas soumettre de telles clauses au droit commun, ce qui les écarte donc en cas de faute lourde.

Proposition n° 4 : La Commission s'accorde sur le rôle que peuvent jouer les arbitres eux-mêmes dans le contrôle du tribunal arbitral. La Commission propose de consacrer une obligation de vigilance de chaque arbitre à l'égard de ses coarbitres.

S'agissant ensuite de la responsabilité pénale, la Commission considère qu'elle joue un rôle essentiellement salvateur, dans la mesure où elle garantit le bon comportement des arbitres et protège ainsi la réputation de la justice arbitrale. Les comportements sanctionnés par le droit pénal sont d'une extrême gravité et il est bien légitime de vouloir en protéger les victimes. Si un arbitre commet ou participe à une escroquerie ou s'il accepte une commission occulte, l'intégrité de la justice arbitrale commande qu'il puisse être sanctionné, comme tout auteur d'infraction.

La Commission considère toutefois qu'il faut prévenir l'utilisation dilatoire de la procédure pénale. L'introduction d'une plainte pénale à l'encontre d'un arbitre pendant la procédure arbitrale a des conséquences bien plus lourdes qu'une demande de récusation. Il est donc important que la procédure pénale ne soit utilisée qu'à bon escient. Pour éviter qu'elle soit dévoyée, la Commission propose de limiter la capacité des parties de déclencher l'action publique pendant la durée de l'instance arbitrale en mettant en place un système de requête exclusive du ministère public.

Proposition n° 5 : Seul le ministère public pourra intenter des poursuites pénales contre un arbitre en raison d'une infraction qui aurait été commise dans le cadre de sa mission arbitrale tant que la procédure arbitrale est en cours – étant précisé que les parties retrouvent leur pleine faculté d'action après le prononcé de la sentence. La Commission considère que le monopole du parquet pourrait être utilement concentré entre les mains du parquet national financier.

S'agissant enfin de la responsabilité dite disciplinaire, la Commission constate que le droit français n'offre aucune voie alternative de sanctions des arbitres en marge du recours au juge. La commission estime pourtant que l'ouverture d'une telle voie pourrait pourtant être adaptée dans l'arbitrage. Elle permettrait aux utilisateurs de faire valoir efficacement leurs griefs disciplinaires à l'encontre de l'arbitre devant une instance spécialisée sans que le recours aux juridictions nationales ne soit dévoyé de sa finalité première – le contrôle de la régularité de la sentence.

La Commission reconnaît que les institutions d'arbitrage procèdent déjà à un réel contrôle disciplinaire des arbitres statuant sous leurs auspices, et s'autorisent dans une certaine mesure à écarter les arbitres défavorablement connus ou à sanctionner les arbitres, par exemple lorsqu'ils dépassent les délais. Mais ces mécanismes ne paraissent pas suffisants. Déjà parce qu'ils ne sont pas ou très peu formalisés. Ensuite parce qu'ils ne concernent par hypothèse que l'arbitrage institutionnel.

Proposition n° 6 : La Commission considère qu'il serait bénéfique pour l'ensemble des acteurs de l'arbitrage qu'une association, distincte des centres d'arbitrage, soit chargée d'assurer ce contrôle disciplinaire. Cette association serait dotée d'une charte déontologique publique. Pour assurer une certaine efficacité à cette voie disciplinaire, il faut bien entendu que le plus grand nombre d'arbitres acceptent de s'y affilier. Sur ce point, les centres d'arbitrages pourraient jouer un rôle essentiel en conditionnant la confirmation des arbitres à leur affiliation à cette charte éthique.

# ANNEXE 1

## La responsabilité des arbitres en droit américain

---

Aux Etats-Unis, les arbitres ont historiquement bénéficié d'une immunité analogue à celle dont jouissent les juges étatiques sur le fondement de la mission quasi-juridictionnelle qu'ils exercent. La jurisprudence américaine a néanmoins dégagé deux exceptions à l'immunité de l'arbitre.

### 1. Principe : l'immunité de l'arbitre

#### 1.1. L'immunité de l'arbitre : une jurisprudence bien établie

Les cours américaines ont développé une solide jurisprudence de l'immunité de l'arbitre, dérivée des principes de common law sur l'immunité juridictionnelle et quasi-juridictionnelle<sup>136</sup>. Cette jurisprudence protège fermement les arbitres (ainsi que l'institution d'arbitrage) contre toute implication forcée dans des litiges nés avant ou après le prononcé de la sentence et les exonère de toute responsabilité civile pour les actes intervenus dans le cadre de l'accomplissement de leurs fonctions.

Ainsi, dans l'affaire *Corey v. New York Stock Exchange*, alors que le demandeur avait intenté une action contre le NYSE pour mettre en cause la conduite des arbitres, la Cour du Sixième Circuit retient que :

---

(136) Voir *Cahn v. International Ladies' Garment Union*, 311 F.3d 113, 114-15 (3<sup>rd</sup> Cir. 1962); *Cooper v. O'Connor*, 69 App.D.C. 100, 99 F.2d 135, 141 (D.C. Cir. 1938); *Hill v. Aro Cop*, 9 Ohio Misc. 217, 263 F.Supp.324, 326 (N.D. Ohio 1967); *Babylon Milk & Cream Co. v. Horvitz* (Sup. 1956), 151 N.Y.S. 2d 221, *aff'd*, (1957), 4 A.D.2d 777, 165 N.Y.S. 2d 717 (rejetant des prétentions de fraude contre un arbitre).

« Il est opportun d'étendre l'immunité aux arbitres pour les actes entrant dans le champ de leur mission et de leur compétence (...). Les arbitres n'ont pas d'intérêt dans l'issue du litige et ne doivent pas être forcés de devenir des parties au différend »<sup>137</sup>.

Cette affaire a mis un terme aux actions contre les arbitres qui avaient pour effet collatéral d'attaquer la sentence arbitrale.

Dans une autre affaire, un propriétaire foncier a assigné les arbitres qui l'avaient débouté de ses demandes. Sur le fondement des doctrines fédérales de *common law* sur l'immunité juridictionnelle et quasi-juridictionnelle, le juge retient que l'arbitre jouit d'une immunité non seulement pour les actions découlant de l'accomplissement de sa mission d'arbitre mais aussi pour les actions contestant son autorité ou sa compétence pour arbitrer<sup>138</sup>.

Les tribunaux américains se sont aussi prononcés sur la responsabilité des institutions d'arbitrage. Par exemple, dans *Austern V. Chicago Board Options Exchange, Inc.*, le requérant demandait réparation auprès du *Chicago Board Options Exchange*, qui avait organisé l'arbitrage, pour avoir irrégulièrement notifié la date de l'audience et constitué le tribunal arbitral. La Cour d'appel du Deuxième Circuit rejette l'appel et juge que :

« Les arbitres sont complètement exemptés de responsabilité civile pour tous les actes qui rentrent dans le champ de la procédure d'arbitrage »<sup>139</sup>.

On peut d'ailleurs noter que tous les Circuits ont, de manière uniforme, exempté les arbitres de responsabilité civile pour les actes intervenus dans le cadre de l'accomplissement de leur mission d'arbitre<sup>140</sup>. Ainsi, dans l'affaire *International Medical Group, Inc. v. American Arbitration Association, Inc.*, après que le demandeur ait intenté une action contre les arbitres alléguant des faits d'abus de procédure, de poursuite abusive,

(137) *Corey v. New York Stock Exchange*, 691 F.2d 1205 (1982).

(138) *Raitport v. Provident National Bank*, 451 F. Supp. 522 (E.D. Pa. 1978).

(139) *Austern v. Chicago Board Options Exchange, Inc.*, 898 F.2d 882, (2d Cir. 1990).

(140) Voir *Wasyli, Inc. v. First Boston Corp.*, 813 F.2d 1579, 1582 (9<sup>th</sup> Cir. 1987); *Ozark Air Lines, Inc. v. National Mediation Board*, 797 F.2d 557, 564 (9<sup>th</sup> Cir. 1986); *Austin Municipal Securities, Inc. v. National Ass'n of Securities Dealers, Inc.*, 797 F.2d 676, 686-91 (5<sup>th</sup> Cir. 1985).

et de mauvaise foi, le Deuxième Circuit, citant les jurisprudences *Tamar*<sup>141</sup> et *Austern*<sup>142</sup>, note que la jurisprudence fédérale prévoit de manière uniforme que l'immunité arbitrale protège tous les actes qui rentrent dans le champ de la procédure d'arbitrage.

De même, la Cour d'appel de Californie a rejeté les demandes du requérant fondées sur la partialité et la fraude d'un arbitre en jugeant que « même les actes partiels ou de corruption sont protégés par l'immunité »<sup>143</sup>. La Cour note également que :

« Bien que les arbitres puissent être responsables pour l'inexécution complète de leur contrat avec les parties, tout ce qui ne rentre pas dans le champ de l'inexécution complète doit être protégé par l'immunité arbitrale. »<sup>144</sup>

## 1.2. Le fondement légal : « Revised Uniform Arbitration Act »

Sur la base de cette jurisprudence, le *Revised Uniform Arbitration Act* (« RUAA ») – établi par la *National Conference of Commissioners on State laws* comme loi modèle – a été introduit en 2000. Cette loi octroie expressément une immunité aux arbitres et aux institutions d'arbitrage équivalente à celle des juges agissant dans le cadre de leurs fonctions (Section 14 (a) du RUAA). Certains Etats ont également prévu une immunité arbitrale telle qu'issue des doctrines de common law dans leur propre législation. Cependant, le RUAA a seulement été adopté par moins d'un quart des Etats et beaucoup d'entre eux continuent de recourir à la *common law* comme fondement de l'immunité arbitrale.

L'affaire *Malik v. Ruttenberg* a présenté la première opportunité d'interprétation des dispositions du RUAA relatives à l'immunité<sup>145</sup>. En l'espèce, le

---

(141) Cf. *infra*.

(142) *International Medical Group, Inc. v. American Arbitration Association, Inc.*, 312 F.3d 833 (7th Cir. 2003).

(143) Voir *Moore v. Conliffe*, 871 P.2d 204 (1994) («*This rule – immunizing arbitrators in private contractual arbitration proceedings from tort liability is well established in California.*»).

(144) *Stasz v. Schwab*, (2004) 121 Cal.App.4th 420

(145) *Malik v. Ruttenberg*, 398 N.J. Super. 489, 942 A.2d 136 (App. Div. 2008).

demandeur avait assigné l'arbitre qui avait présidé l'arbitrage, relatif à un litige contractuel, aux fins d'obtenir réparation des dommages corporels subis lors des audiences. La Cour d'appel du New Jersey juge que l'arbitre ainsi que son institution ne peuvent voir leur responsabilité engagée pour les dommages encourus durant la procédure d'arbitrage. Le requérant fondait ses demandes sur le New Jersey Arbitration Act, directement transposé du RUAA. Dans son raisonnement, la cour a examiné à la fois la loi étatique et la loi fédérale afin de définir les limites de l'immunité de l'arbitre dans la mesure où le *New Jersey Arbitration Act* prévoit que ses dispositions relatives à l'immunité complètent celles prévues par toute autre loi. Par conséquent, la Division d'appel conclut que :

*« Le fait de savoir si l'immunité légale ou de common law s'applique à une partie est une question de droit. (...) Une fois que l'applicabilité de l'immunité légale a été tranchée en faveur de l'arbitre et de l'institution d'arbitrage, alors les demandes doivent être rejetées. Le fait que l'arbitre ait pu exercer son autorité différemment n'a pas de conséquence légale. L'immunité prend le pas sur la responsabilité. »*

Dorénavant, les tribunaux américains doivent interpréter les dispositions relatives à l'immunité arbitrale conformément à la jurisprudence retenue dans Malik.

Toutefois, malgré cette large application de l'immunité arbitrale, les tribunaux ont dégagé deux exceptions au principe : l'inexécution et les demandes sur le fondement de l'equity.

## 2. Les exceptions à l'immunité arbitrale

### 2.1. Le manquement à l'obligation de rendre une sentence dans un délai raisonnable / inexécution

Il y a seulement trois espèces qui traitent de cette exception et qui sont toutes très limitées dans leur application. L'un des premiers cas concernant un arbitre ayant manqué à l'exécution de sa mission soulève une exception à l'immunité arbitrale, exception dont l'application à d'autres



espèces demeure cependant limitée. Dans cette affaire, les demandeurs ont poursuivi les arbitres pour inaction et le Cinquième Circuit conclut que :

*« quand son action, ou inaction, peut être raisonnablement caractérisée comme un retard ou un manquement à son obligation de rendre une décision, et ne conduit donc pas à une décision opportune (bonne ou mauvaise), il perd son immunité parce qu'il perd sa ressemblance avec un juge »*<sup>146</sup>.

Cependant, ce cas mettait en cause un architecte agissant dans la position d'un arbitre et est donc une décision d'espèce avec une influence jurisprudentielle limitée.

Dans une autre affaire, le demandeur avait intenté une action en réparation contre l'arbitre pour avoir manqué à son obligation de rendre sa sentence dans un délai raisonnable. A cet effet, il souleva que les jurisprudences établissant l'immunité de l'arbitre concernent un « éventuel manquement pour aboutir à une décision » et ainsi ne se prononcent pas sur le « manquement à l'obligation de rendre une sentence ». En l'espèce, le contrat prévoyait spécifiquement un délai pendant lequel la sentence devait être rendue, forçant ainsi la cour à juger que :

*« bien que nous devons protéger un arbitre agissant dans l'exercice de sa mission quasi-juridictionnelle, nous devons aussi faire respecter les obligations contractuelles de l'arbitre à l'égard des parties »*<sup>147</sup>.

La Cour d'appel de Californie conclut dès lors que l'arbitre pourrait potentiellement être tenu responsable des dommages résultant d'une violation du contrat mais toutefois ne se prononce pas sur la validité des demandes et il n'est pas sûr que des dommages-intérêts aient été octroyés.

(146) *E.C. Ernst, Inc., v. Manhattan Construction Co. of Texas*, 551 F2d 1026 (5th Cir 1977).

(147) *Baar v. Tigerman*, (1983) 140 Cal.App.3d 979 [189 Cal.Rptr. 834]. Exception au droit californien sur l'immunité arbitrale mais analogue à l'immunité juridictionnelle du juge qui refuserait d'agir.

Dans l'affaire *Morgan Phillips v. JAMS*, le juge limite l'immunité arbitrale au manquement de l'arbitre à son devoir de rendre une sentence entièrement et à sa récusation sans justification. La Cour d'appel de Californie note que :

*« il y a une exception restreinte à l'immunité des arbitres : l'immunité ne s'applique pas à la violation contractuelle de l'arbitre qui ne rend pas de décision du tout ».*

Bien qu'il ait agi avec *« malveillance, oppression, et une intention particulière de nuire [à une partie qui était] dans une situation financière extrême »*, la Cour n'a pas retenu la responsabilité de l'arbitre – le jugement de première instance, qui avait débouté le demandeur de ses prétentions relatives à la responsabilité de l'arbitre et de l'institution arbitrale sur le fondement de l'immunité arbitrale, a été annulé. Le juge ne s'est toutefois pas prononcé sur la justification de la récusation mais a seulement jugé que les demandes étaient bien recevables<sup>148</sup>.

Cependant, dans la même affaire, la cour de renvoi statue en faveur de l'arbitre dans la mesure où celui-ci n'avait pas en l'espèce manqué à son obligation de rendre une sentence mais s'était régulièrement récusé pour cause de doute substantiel sur sa capacité à être juste et impartial. La deuxième fois en appel, le juge californien confirme le jugement de première instance selon lequel l'arbitre s'est abstenu de rendre sa sentence n'étant pas en capacité d'être impartial. La Cour d'appel de Californie retient que :

*« la décision d'un arbitre de se retirer sur la base de standards éthiques fait partie intégrante de la mission d'arbitre (...) l'acte lui-même, ainsi que le manquement à l'obligation de rendre une décision qui en découle, est couvert par l'immunité arbitrale ».*

Ainsi, la Cour d'appel de Californie conclut que la conduite de l'arbitre faisait partie intégrante de sa fonction quasi-juridictionnelle et est dès lors couverte par une immunité absolue et/ou quasi-juridictionnelle<sup>149</sup>.

(148) *Morgan Phillips, Inc. v. JAMS/Endispute, L.L.C.*, (2006) 140 Cal.App.4th 795 [44 Cal.Rptr.3d 782].

(149) *Morgan Phillips, Inc., v. JAMS*, Cal.App.2nd (2010).

## 2.2. L'exception à l'immunité pour les demandes en equity<sup>150</sup>

Dans la jurisprudence américaine, il est traditionnellement admis que le principe de l'immunité juridictionnelle permet certes une « *immunité contre les demandes en dommages-intérêts (...) mais non contre les injonctions ou les jugements déclaratoires* » car l'immunité juridictionnelle n'est pas un rempart contre les demandes en equity<sup>151</sup>. Ainsi, dans l'affaire Pulliam v. Allen, la Cour suprême des Etats-Unis a-t-elle jugé que l'immunité juridictionnelle ne faisait pas obstacle au prononcé d'une injonction à l'encontre d'un juge<sup>152</sup>.

Dans la mesure où les juridictions accordent généralement aux arbitres le même degré d'immunité qu'aux juges – l'immunité de l'arbitre n'étant qu'un dérivé de l'immunité juridictionnelle qui « *ne peut donc pas être plus protectrice que l'immunité juridictionnelle dont elle est issue* »<sup>153</sup> –, les arbitres pourront également faire l'objet de demandes en equity, injonction et jugement déclaratoire compris, comme c'est le cas pour le juge judiciaire.

Cette distinction repose sur le fait que juges et arbitres doivent être délestés de la crainte de potentielles poursuites individuelles et ce afin de garantir la nécessaire impartialité dans l'exercice de leur mission. Ainsi que le relève un auteur :

---

(150) L'*equity* a développé des « *remedies* » qui n'existent pas en common law et qui sont nécessaires lorsqu'une indemnisation en dommages-intérêts s'avère inadéquate à réparer une violation contractuelle. Au nombre de ces « remèdes », on trouve : l'injonction (« *injunction* »), le jugement déclaratoire (« *declaratory relief* ») et l'exécution forcée (« *specific performance* »).

(151) *Henriksen v. Bentley*, 644 F.2d 852, 855 (10th Cir. 1981) ("L'immunité contre les actions en dommages-intérêts n'empêchent pas des compensations en equity, par exemple, une injonction, à l'encontre d'un juge") ; *Partington v. Gedan*, 961 F.2d 852, 860 n.8 (9th Cir. 1992) (les demandes pour l'octroi d'un jugement déclaratoire « ne sont pas interdites par la doctrine de l'immunité juridictionnelle qui protège seulement les juges et leurs agents des actions qui impliquent des réparations monétaires »).

(152) *Pulliam v. Allen*, 466 U.S. 522 (1984).

(153) *Lerwill v. Joslin*, 712 F.2d 435, 438 (10th Cir. 1983).

« Une injonction ne menace pas un juge de la même façon qu'une demande en dommages-intérêts que le juge devrait avoir à payer sur ses fonds personnels. Ainsi, l'injonction ne pose pas le même genre de risque sur le juge que les autres formes de responsabilité, et il n'est donc pas nécessaire d'utiliser l'immunité juridictionnelle pour l'interdire »<sup>154</sup>.

Les tribunaux ont toutefois exprimé des opinions contradictoires sur l'extension de l'immunité arbitrale aux demandes en *equity*.

*Kemner v. District Council of Painting and Allied Trades No. 36* est la décision de principe sur la possibilité d'extension de l'immunité arbitrale aux demandes en *equity*. Dans cette affaire, le requérant avait assigné des arbitres arguant qu'ils auraient outrepassé leurs pouvoirs. Le juge de première instance statue en faveur des arbitres qui demandaient le rejet des prétentions du demandeur sur la base de leur immunité contre toute action en justice. En appel, le Neuvième Circuit annule le jugement de première instance et refuse d'étendre l'immunité aux demandes en *equity*. La cour note que :

« Le demandeur a seulement assigné les arbitres pour la réparation des actes pris en dehors de leur compétence, et non pour des dommages-intérêts »<sup>155</sup>.

Dans un autre cas, la cour parvient à la même conclusion lorsque, s'appuyant sur la jurisprudence *Pulliam v. Allen*, elle retient que les arbitres, bien que protégés contre les actions en dommages-intérêts, ne bénéficient pas de leur immunité contre les demandes en *equity*. En l'espèce, le requérant demandait à la cour d'annuler la décision du tribunal ayant excédé ses pouvoirs<sup>156</sup>.

Une opinion opposée a été retenue dans *Tamari v. Conrad*. Dans cette affaire, des investisseurs, sur le fondement de l'irrégularité de la constitution du tribunal arbitrale, demandaient à la cour l'octroi d'une injonction interdisant la poursuite de la procédure arbitrale ainsi que d'une déclara-

(154) Jeffrey R. Shaman, *Judicial Immunity From Civil and Criminal Liability*, 27 SAN DIEGO L. REV. 1, 14 (1990).

(155) *Kemner v. Dist. Council of Painting & Allied Trades No. 36*, 768 F.2d 1115, 1118 (9th Cir. 1985).

(156) *Trans World Airlines, Inc., v. Sinicropi*, 1994 WL 132233.

tion établissant que toute sentence rendue par ledit tribunal serait nulle. La cour rejette l'action et retient que l'immunité arbitrale s'étend aux cas dans lesquels le demandeur conteste seulement l'autorité de l'arbitre pour résoudre le différend qui oppose les parties. Le Septième Circuit raisonne de la façon suivante :

« *On ne peut attendre des individus tels que les défendeurs [i.e. les arbitres] de se porter volontaires pour arbitrer des différends s'ils peuvent être touchés par le conflit ayant cours entre les parties et ainsi se voir obligés de se défendre dans le cadre d'un procès. Les défendeurs n'ont pas d'intérêt dans l'issue du litige entre les parties à l'arbitrage et ne doivent donc pas être forcés de devenir partie à leur différend* »<sup>157</sup>.

La même solution fut atteinte dans *Brandon, Jones, Sandall, Zeide, Kohn, Chalal & Musso, P.A. v. MedPartners*. Dans cette espèce, la cour, après avoir pourtant noté l'existence de décisions antérieures reconnaissant l'absence d'immunité arbitrale contre les demandes en equity, décide néanmoins qu'il n'y a pas de distinction significative entre les actions en dommages-intérêts et les demandes en equity<sup>158</sup>.

Pour conclure, en l'absence de décision de la cour du Septième Circuit depuis *Tamari v. Conrad* il n'est pas possible d'être certain que la jurisprudence *Kemner*, qui étend aux arbitres la jurisprudence *Pulliam*, sera adopté par toutes les Circuit Courts des États-Unis.

(157) *Tamari v. Conrad*, 552 F.2d 778, 780 (7th Cir.1977).

(158) *Brandon, Jones, Sandall, Zeide, Kohn, Chalal & Musso, P.A. v. MedPartners*, 203 F.R.D.677 (S.D. Fla. 2001).

# ANNEXE 2

## La responsabilité des arbitres en droit anglais

---

### I. La Responsabilité Civile des Arbitres en Droit Anglais

Après avoir brièvement dressé un état du droit anglais antérieur à l'entrée en vigueur de l'*Arbitration Act 1996* (A), le régime de responsabilité de l'arbitre sous l'empire de ce texte sera exposé (B).

#### A. L'Etat du Droit Anglais Relatif à la Responsabilité de l'Arbitre Avant l'*Arbitration Act 1996*

Avant l'entrée en vigueur de l'*Arbitration Act 1996*, le régime de la responsabilité de l'arbitre, d'origine prétorienne, conférait à celui-ci une large immunité, sous réserve de la fraude. Bien que la jurisprudence n'ait pas toujours clairement délimité les contours de cette responsabilité, les arrêts cités ci-après permettent bien de dégager ce principe.

Ainsi dans l'affaire *Sutcliffe v. Thackrah*, Lord Reid a jugé que :

*« l'exonération de l'arbitre de toute responsabilité pour négligence repose sur la croyance – probablement justifiée – selon laquelle en l'absence d'une telle immunité, il se verrait harcelé d'actions judiciaires n'ayant que peu de chances de succès. En outre, il est légitime de penser qu'un arbitre pourrait se laisser influencer par les chances de se voir attirer à une procédure judiciaire, dans l'hypothèse où sa décision irait dans un sens plutôt que dans l'autre.*

*Enfin, d'une certaine manière, l'immunité lui offre l'indépendance nécessaire pour prendre la décision qui lui semble la plus juste »<sup>159</sup>.*

Dans la même affaire, Lord Morris of Borth-y-Gest a souscrit à cette opinion en concluant :

*« il faut désormais accepter qu'un arbitre ne puisse être attrait à une action en responsabilité pour manque de compétence ou pour son éventuelle négligence dans la rédaction d'une sentence. La raison est probablement à trouver dans le fait que l'intérêt public ne requiert pas que les juridictions nationales disposent de pouvoirs plus importants s'agissant des arbitres que ceux qu'elles possèdent déjà, tels que celui de révoquer un juge pour mauvaise conduite ou de corriger les erreurs de droit manifestes apparaissant à la lecture de la sentence. En outre, du point de vue de l'ordre public, il a été considéré qu'autoriser une action en responsabilité contre un arbitre (pour manque de diligence ou de compétence) n'était pas souhaitable dès lors que ses fonctions sont de nature juridictionnelle »<sup>160</sup>.*

Enfin, dans l'affaire *Arenson v. Casson Beckman Rutley & Co.*, Lord Salmon a relevé de manière univoque que :

*« la loi confère à l'arbitre une immunité similaire à celle dont bénéficient les juges dès lors qu'ils exercent tous deux des fonctions similaires »<sup>161</sup>.*

---

(159) *Sutcliffe v. Thackrah* [1974] AC 727 (p. 736): "I think that the immunity of arbitrators from liability for negligence must be based on the belief – probably well founded – that without such immunity arbitrators would be harassed by actions which would have very little chance of success, and it may also have been thought that an arbitrator might be influenced by the thought that he was more likely to be sued if his decision went one way than if it went the other way, or that in some way the immunity put him in a more independent position to reach the decision which he thought right".

(160) *Sutcliffe v. Thackrah* [1974] AC 727 (p. 744): "I think that it must now be accepted that an action will not lie against an arbitrator for want of skill or for negligence in making his award. The reason for this may be that the public interest does not make it necessary for the courts to exercise greater powers over arbitrators than those which they possess, such as the power of removing for misconduct or of correcting errors of law which appear on the face of the award. Furthermore, as a matter of public policy it has been thought to be undesirable to allow an action against an arbitrator (for lack of care or skill) for the reason that his functions are of a judicial nature."

(161) *Arenson v. Casson Beckman Rutley & Co.* [1977] AC 405 (p. 436): "The law also accords the same immunity to arbitrators when they are carrying out much the same functions as judges".

Sans remettre en cause l'immunité de principe des arbitres, certains doutes ont toutefois pu être exprimés par les juridictions anglaises quant à son fondement juridique, notamment par Lord Kilbrandon :

*« il est certain qu'un arbitre dispose d'une immunité hors hypothèse de fraude. Mais pourquoi ? Il me semble impossible d'accorder une quelconque valeur à des considérations telles que celles voulant que dans le cas d'un arbitrage, (a) il existe un litige entre les parties, (b) l'arbitre apprécie les preuves qui lui sont soumises et (c) il examine les conclusions des parties et par conséquent, il accomplit une missions juridictionnelle contrairement à l'expert. En ce qui concerne le point (a) je ne discerne aucune différence juridique entre le litige déjà né et une situation où des personnes ont des intérêts antagonistes, si dans les deux cas, il a dû être fait appel à une personne impartiale afin de rendre une décision que les deux parties acceptent. S'agissant des points (b) et (c), il ne s'agit en aucune manière d'activités nécessairement dévolues à un arbitre »<sup>162</sup>.*

## **B. Le Régime de Responsabilité Civile des Arbitres Sous l'Empire du Arbitration Act 1996**

### ***i. l'Article 29 du Arbitration Act 1996***

En dépit de ces critiques, l'approche de Lords Reid, Morris et Salmon a prévalu. En effet, les rédacteurs de l'*Arbitration Act 1996* y ont introduit la consécration expresse de l'immunité de l'arbitre, afin que celui-ci « *exerce de manière impartiale ses fonctions de juger* ». Sans cette immunité, « *la finalité du processus arbitral [aurait pu] s'en trouver affaiblie* »<sup>163</sup>.

(162) *Arenson v. Casson Beckman Rutley & Co.* [1977] AC 405 (p. 430-431): "It is conceded that an arbitrator is immune from suit, aside from fraud, but why? I find it impossible to put weight on such considerations as that in the case of an arbitrator (a) there is a dispute between parties, (b) he hears evidence, (c) he hears submissions from the parties, and that therefore he, unlike the valuer, is acting in a judicial capacity. As regards (a), I cannot see any juridical distinction between a dispute which has actually arisen and a situation where persons have opposed interests, if in either case an impartial person has had to be called in to make a decision which the interested parties will accept. As regards (b) and (c), these are certainly not necessary activities of an arbitrator."

(163) V. Departmental Advisory Committee on Arbitration Report on the Arbitration Bill 1996, para. 132: "we feel strongly that unless a degree of immunity is afforded, the finality of the arbitral process could well be undermined".



Désormais, le régime de la responsabilité civile de l'arbitre trouve son siège dans l'Article 29 du *Arbitration Act 1996*, disposition d'ordre public à laquelle les parties ne peuvent déroger conventionnellement :

*« (1) Un arbitre n'est aucunement responsable des actes ou omissions intervenus dans le cadre de l'accomplissement ou l'accomplissement supposé de ses fonctions d'arbitre à moins qu'il ne soit démontré que l'acte ou l'omission en cause résultaient de sa mauvaise foi.*

[...]

*(3) Cette disposition n'affecte en rien la responsabilité pouvant être engagée par l'arbitre à la suite de sa démission (voir Article 25) ».*

Ainsi, l'arbitre jouit d'une immunité de principe dans l'accomplissement de sa mission. Cette immunité peut toutefois être levée lorsque l'acte ou l'omission reproché à l'arbitre est survenu à raison de la mauvaise foi de ce dernier.

Afin de justifier le recours à la notion de bonne foi pour délimiter les contours de l'immunité de l'arbitre, le Comité consultatif chargé d'élaborer le rapport sur le projet de loi sur l'arbitrage de 1996 (ci-après, « *le Rapport* »), a rappelé que :

*« le droit anglais connaît cette notion. Bien que nous ayons considéré d'autres termes, nous sommes parvenus à la conclusion que la mise en œuvre de ce test ne devrait pas donner lieu à difficultés : v. par exemple Melton Medes Ltd v. Securities and Investment Board [1995] 3 All ER. »<sup>164</sup>.*

Il est vrai que le juge anglais a déjà eu à examiner la conduite d'une partie sous l'angle de la bonne foi. Ainsi, dans l'affaire *Melton Medes*, le Juge Lightman a affirmé dans le cadre d'une action délictuelle pour abus de pouvoir d'un agent public dans le cadre de ses fonctions que la mauvaise foi s'entendait soit « (a) de la malice dans le sens d'un mobile

---

(164) V. Departmental Advisory Committee on Arbitration Report on the Arbitration Bill 1996, para. 134: "Our law is well acquainted with this expression and although we considered other terms, we concluded that there were unlikely to be any difficulties in practice in using this test: see, for example, *Melton Medes Ltd v Securities and Investment Board* [1995] 3 All ER".

*personnel ou d'une intention de blesser pour des raisons illégitimes ; ou (b) la conscience de sa propre absence de pouvoir pour prendre la décision en cause »<sup>165</sup>.*

Certains auteurs se sont d'ailleurs attachés à définir les comportements pouvant revêtir les caractéristiques de la mauvaise foi. Selon Mustill & Boyd, « *le concept de malhonnêteté (ou de mauvaise foi, pour reprendre la terminologie de l'Article 29) implique, selon nous, une faute consciente et délibérée de l'arbitre* »<sup>166</sup>.

Les juridictions anglaises ne semblent pas avoir connu d'affaires ayant donné lieu à la définition d'un tel concept dans le contexte de l'application de l'Article 29 du *Arbitration Act 1996*. A notre connaissance, il n'y a d'ailleurs eu aucun cas d'application de l'Article 29 du *Arbitration Act 1996*.

## ***ii. l'Article 25 du Arbitration Act 1996 : le cas de la démission de l'arbitre***

Soulignons cependant que la responsabilité de l'arbitre à raison de sa démission échappe au régime posé par l'Article 29 alinéa 1<sup>er</sup> du *Arbitration Act 1996* et est encadrée par l'Article 25, comme le rappelle l'Article 29 alinéa 3.

Aux termes de l'Article 25 du *Arbitration Act 1996*, un arbitre ayant démissionné d'une affaire peut demander au juge anglais de l'exonérer de toute responsabilité qu'il pourrait autrement encourir à raison de sa démission.

Le juge anglais n'accordera une telle exonération qu'après avoir acquis la conviction que dans les circonstances de l'espèce, la démission de l'arbitre était raisonnable. Le Rapport articule plusieurs exemples concrets d'application de cette prérogative du juge :

---

(165) *Melton Medes* [1995] CH 137 (p. 147): "lack of good faith connotes either (a) "malice in the sense of personal spite or a desire to injure for improper reasons; or (b) knowledge of absence of power to make the decision in question".

(166) *Mustill & Boyd*, 2<sup>nd</sup> edition, 2001 Companion, p. 300: "The concept of dishonesty (or bad faith, to use the terminology of section 29) involves, we consider, conscious and deliberate fault on the part of the arbitrator".

*« par exemple, l'arbitre pourrait légitimement refuser de conduire une procédure arbitrale selon les modalités convenues par les parties (selon la Clause 34) dès lors qu'il considérerait de telles modalités comme incompatibles avec ses devoirs découlant de la Clause 33 (la relation entre la clause 33 et la clause 34 est exposée en plus de détails ci-après). En outre, une procédure arbitrale pourrait durer bien plus longtemps que ce qui avait été envisagé lorsque l'arbitre a accepté sa nomination, faisant peser sur l'arbitre une charge injustement lourde »<sup>167</sup>.*

## II. L'existence de mécanismes de sanctions disciplinaires

Toute personne est autorisée à assumer les fonctions d'arbitre. En effet, dès lors que le fait de siéger comme arbitre ne figure pas parmi les « activités juridiques » dont fait état l'Article 12 du *Legal Services Act* de 2007, aucune autorité régulatrice ne peut interdire à un *barrister*, à un *solicitor* ou à toute autre personne de le faire. En revanche, les associations professionnelles d'arbitrage peuvent émettre des sanctions efficaces à l'égard de leurs membres. Après avoir exposé les sanctions pouvant être imposées à l'arbitre par le barreau anglais (A), seront envisagées les sanctions pouvant être prononcées par le Chartered Institute of Arbitrators (« **CI Arb** ») à l'encontre de ses membres (B).

---

(167) V. Departmental Advisory Committee on Arbitration Report on the Arbitration Bill 1996, para. 115: "For example the arbitrator may (reasonably) not be prepared to adopt a procedure agreed by the parties (ie under Clause 34) during the course of an arbitration, taking the view that his duty under Clause 33 conflicts with their suggestions (the relationship between the duty of arbitrators in Clause 33 and the freedom of the parties in Clause 34, is discussed in more detail below). Again, an arbitration may drag on for far longer than could reasonably have been expected when the appointment was accepted, resulting in an unfair burden on the arbitrator. In circumstances where the Court was persuaded that it was reasonable for the arbitrator to resign, it seems only right that the Court should be able to grant appropriate relief".

## A. Les Sanctions Imposées par le Barreau Anglais

Le *Bar Standards Board* peut imposer des sanctions disciplinaires (y compris la radiation) à un *barrister* qui contreviendrait au *Core Standard 5 of the Bar Code of Conduct* dans l'exercice de sa mission d'arbitre. Ce *Core Standard* interdit aux *barristers* d'« adopter un comportement de nature à affecter la confiance que le public place en [eux] ou en la profession ».

Soulignons cependant que la Directrice de la Conduite Professionnelle au sein du *Bar Standards Board* a – de manière purement informelle – confirmé qu'à sa connaissance, il n'existait pas d'affaire où un *barrister* a fait l'objet de sanction disciplinaire en raison de sa conduite en tant qu'arbitre.

## B. Les Sanctions Imposées par le Chartered Institute of Arbitrators sur ses Membres

Le *CI Arb* a mis en place ses propres procédures disciplinaires contre ceux de ses membres qui violeraient son *Code of Professional and Ethical Conduct*.

Lorsqu'une plainte est jugée recevable, l'affaire est instruite avant d'être soumise au *Professional Conduct Committee* (ci-après, le « **PCC** »). Le *PCC* enregistre la plainte dans une catégorie A ou B, la première concernant les plaintes à caractère minimales et/ou ne reposant sur aucune preuve *prima facie* de mauvais comportement, la seconde désignant les plaintes significatives et/ou reposant sur de telles preuves.

Alors qu'une plainte de catégorie A ne pourra qu'être écartée ou soumise à un collège composé de pairs chargés de l'examiner, une plainte de catégorie B pourra en outre être renvoyée à un Tribunal Disciplinaire ou faire l'objet d'un compromis portant sur les sanctions à appliquer.

Dans l'hypothèse où le Tribunal Disciplinaire auquel une affaire a été renvoyée considérerait que les charges objet de la plainte seraient prouvées, il dispose du pouvoir (i) d'ordonner des sanctions, (ii) de réprimander, (iii) de suspendre le statut de *Chartered* du membre du *CI Arb*

concerné pour une période n'excédant pas 12 mois, (iv) de révoquer ledit statut indéfiniment ou pour une période déterminée ou (v) d'exclure le membre concerné. Le Tribunal Disciplinaire dispose en outre du pouvoir de mettre à la charge de ce membre tout ou partie des coûts de la procédure.

On trouve quelques exemples de sanctions disciplinaires prononcées par le Tribunal Disciplinaire.

Ainsi, le 5 mai 2011, une décision d'exclusion du CI Arb avec effet immédiat a été prononcée à l'encontre de Monsieur John Campbell QC, ancien président du CI Arb, à raison de retards anormaux dans la reddition d'une sentence.

En outre, un arbitre nommé Andriy Astapov a été exclu pour avoir faussement prétendu qu'une somme de 10.000 € avait été réglée à un expert alors qu'elle avait en réalité été versée sur le compte bancaire de son propre cabinet aux Seychelles<sup>168</sup>.

Le CI Arb ou le membre sanctionné ont le droit d'interjeter appel de la décision du Tribunal Disciplinaire. Les audiences disciplinaires sont publiques. Cependant, la publication de la procédure disciplinaire requiert l'autorisation du Board of Trustees, que ce dernier a donnée s'agissant de l'affaire Astapov.

### III. Les Cas où une Action Pénale a été Engagée

Il ne semble pas exister actuellement aucun exemple d'action pénale engagée à l'encontre d'un arbitre devant les juridictions anglaises.

---

(168) Le tribunal était composé de Monsieur Georg von Segesser et du Professeur John Uff CBE QC (ainsi que d'un membre non-professionnel).

# ANNEXE 3

## Responsabilité de l'arbitre en Espagne et en Amérique latine

---

### Introduction et Contexte

L'objectif de ce Mémoire est de présenter de manière synthétique les différentes approches de l'immunité et de la responsabilité des arbitres en arbitrage international selon le droit espagnol et celui de différents pays d'Amérique Latine.

Au regard de l'étendue régionale de cette présentation, l'approche sera plus thématique que descriptive, ponctuée d'exemples pour les Etats concernés par chaque thématique.

### I. La responsabilité de l'arbitre en Espagne et en Amérique latine

Cette section aborde tant la responsabilité civile **(A.)** que pénale **(B.)** de l'arbitre.

#### A. La Responsabilité Civile

La responsabilité civile dans la majorité des Etats étudiés est retenue soit pour dol ou faute grave **(1.)** soit, concernant plus précisément les spécificités de l'exercice de la fonction arbitrale, pour manquement à certains de ses devoirs d'arbitre **(2.)**. Il convient par ailleurs de préciser que de nombreuses lois relatives à l'arbitrage sont silencieuses en matière de responsabilité civile des arbitres. En effet, la loi type de la CNUDCI a inspiré nombreuses de ces lois. Or, celle-ci ne contient pas de dispositions

expresses relatives à l'immunité et/ou la responsabilité des arbitres. Cela se répercute sur les lois nationales de certains des Etats qui s'en sont inspirés et qui ne contiennent pas, à leur tour, de dispositions expresses relatives à l'immunité ou la responsabilité des arbitres. En cas de silence de la loi, la responsabilité civile des arbitres est soit considérée comme analogue à celle des juges, soit comme étant soumise au droit commun **(3.)**.

### 1. La responsabilité civile contractuelle de l'arbitre pour dol ou faute grave

L'article 21.1 de la loi espagnole sur l'arbitrage dispose que les arbitres (ou, le cas échéant, l'institution arbitrale) doivent remplir leur mission fidèlement et sont responsables pour les dommages causés du fait de leur mauvaise foi, imprudence grave ou dol.<sup>169</sup>

Ce mandat général a été mis en œuvre par la justice espagnole à l'occasion d'affaires reconnues. En effet, la Cour de Cassation espagnole ("Tribunal Supremo") a retenu la responsabilité civile des deux membres du tribunal arbitral qui ont rendu une sentence en méconnaissance des principes de collégialité et du contradictoire. En l'espèce, les deux

---

(169) Espagne: Article 21.1, Loi 60/2003 du 23 décembre 2003 relative à l'arbitrage: « 1. L'acceptation oblige les arbitres et, le cas échéant, l'institution d'arbitrage, à accomplir leur mission avec loyauté, au risque, s'ils y contrevenaient, d'engager leur responsabilité pour les dommages et intérêts causés par mauvaise foi, imprudence grave ou dol. Dans les arbitrages constitués sous l'égide d'une institution, celui qui subit un préjudice bénéficiera d'une action directe contre ladite institution, indépendamment des actions en réparation dirigées à l'encontre des arbitres. Il sera exigé des arbitres ou bien des institutions arbitrales en leur nom d'acquiescer une assurance de responsabilité civile ou une garantie équivalente pour un montant qui s'établira de manière réglementaire. Sont exonérés de cette exigence de contrat d'assurance ou de garantie équivalente les Entités publiques et les systèmes arbitraux intégrés ou dépendants des Administrations publiques. » [En espagnol : « 1. La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a **cumplir fielmente** el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en **responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo**. En los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquella contra los árbitros. Se exigirá a los árbitros o a las instituciones arbitrales en su nombre la contratación de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente, en la cuantía que reglamentariamente se establezca. Se exceptúan de la contratación de este seguro o garantía equivalente a las Entidades públicas y a los sistemas arbitrales integrados o dependientes de las Administraciones públicas. » Souligné par nous.] Le seuil élevé posé par cette loi amène un auteur à la qualifier d'immunité: voir, T. Clay, *L'arbitre*, Dalloz, 2001.

arbitres ont tenu une réunion ayant pour objet la délibération et le vote de la sentence, tout en sachant que le troisième arbitre se trouvait en déplacement, et en conséquence, n'était pas en mesure d'assister à la réunion. Selon la Cour de Cassation espagnole, la conduite « *téméraire* » des deux arbitres « *s'identifie avec une négligence inexcusable, avec une erreur manifeste et grave, injustifiée, qui n'est pas nouée à l'annulation de la sentence, mais à une action risquée de la part de ceux qui connaissent leur office et qui auraient dû l'appliquer dans l'intérêt de ceux qui leur ont confié la tâche de mener à bien l'arbitrage* ». <sup>170</sup>

L'article 32 de la loi péruvienne relative à l'arbitrage prévoit également que l'arbitre est responsable en cas de dol ou faute inexcusable. <sup>171</sup> Cette responsabilité civile découle dudit « contrat d'arbitre » entre l'arbitre et les parties. <sup>172</sup>

Dans ces deux cas, dès lors que la responsabilité de l'arbitre naît du fait de son acceptation de sa mission, celle-ci peut être qualifiée de contractuelle. <sup>173</sup> Ce seuil est tellement élevé qu'il s'agit d'une quasi-immunité selon certains auteurs. <sup>174</sup> Cette immunité est expressément prévue par

---

(170) Cour de Cassation espagnole (Chambre civile), Sentence No. 102/2017, 15 février 2017. [En espagnol : « *se identifica con una negligencia inexcusable, con un error manifiesto y grave, carente de justificación, que no se anuda a la anulación del laudo, sino a una acción arriesgada por parte de quienes conocen su oficio y debieron aplicarlo en interés de quienes les encomendaron llevar a buen fin el arbitraje.* »].

(171) Pérou: Article 32, Loi n° 1071, Décret législatif qui régit l'arbitrage, en vigueur depuis le 1er septembre 2008: « *L'acceptation oblige les arbitres et, le cas échéant, l'institution d'arbitrage, à accomplir leur mission, au risque, s'ils venaient à ne pas l'accomplir, que leur responsabilité soit engagée et qu'ils soient tenus de réparer les dommages causés pour dol ou faute grave.* » [En espagnol : « *La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir el encargo, incurriendo si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa inexcusable.* »].

(172) Voir aussi, F. Cantuarias S., « Capítulo XX Peru », in A. Zapata de Arbaláez (ed), *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica regulación presente y tendencias de futuro*, 2010, p. 655.

(173) F. Mantilla Serrano, « La nouvelle loi espagnole du 23 décembre 2003 sur l'arbitrage », 2004 *Revue de l'arbitrage* 225, p. 248.

(174) T. Clay, *L'arbitre*, Dalloz, 2001; F. Mantilla Serrano, « La nouvelle loi espagnole du 23 décembre 2003 sur l'arbitrage », 2004 *Revue de l'arbitrage* 225, p. 248.



le Règlement d'arbitrage de la Chambre du Commerce du Chili, alors même que la loi est silencieuse sur ce point.<sup>175</sup>

La responsabilité de l'arbitre ne saurait être retenue pour simple insatisfaction des parties avec la sentence rendue ou pour une quelconque erreur de droit de l'arbitre.<sup>176</sup> Alors même que la loi argentine ne prévoit pas expressément la responsabilité civile de l'arbitre en cas de dol ou de faute grave, la Cour d'appel nationale a énoncé, dans un arrêt relativement ancien où les parties ont contesté la validité de la sentence :

La responsabilité que pourrait encourir l'arbitre du fait d'une omission ou d'un mauvais accomplissement de ses fonctions ne peut être dérivée de l'appréciation que font les parties à l'égard de l'efficacité de la sentence, sinon en fonction de circonstances qui révèlent clairement la négligence ou la mauvaise foi.<sup>177</sup>

Le droit argentin ne prévoit pas pour autant expressément une responsabilité de l'arbitre pour faute ou dol. Néanmoins, elle prévoit une responsabilité contractuelle spécifique cantonnée aux missions de l'arbitre tel qu'abordé ci-dessous.

---

(175) Voir, par exemple, Chili: Article 4, Règlement d'arbitrage international, Centre d'arbitration et de médiation de la Chambre de Commerce de Santiago: « *Limites de Responsabilité: Ni la CAM Santiago, ni son personnel administrative, ni les membres du tribunal arbitral ne seront responsables face à une personne ou quelconque institution pour des faits, actes ou omissions liés au processus arbitral où ils interviennent.* » [En espagnol: « *Limitación de Responsabilidad: Ni el CAM Santiago, ni su personal administrativo, ni los miembros del tribunal arbitral serán responsables frente a persona o institución alguna, por hechos, actos u omisiones relacionados con el proceso arbitral de que conozcan.* »]. Voir aussi, Colombie : Article 3.4. du Règlement d'Arbitrage international commercial du Centre d'arbitrage et de conciliation de la Chambre de Commerce de Bogota : « *Ni le Centre ni son personnel administratif, ni les membres du tribunal arbitral seront responsables face à une personne ou une institution quelconques pour des faits, actes ou omissions en relation avec la procédure arbitrale dont ils ont connaissance ou bien au sein de laquelle ils participent.* » [En espagnol : « *Ni el Centro ni su personal administrativo, ni los miembros del tribunal arbitral serán responsables frente a persona o institución alguna, por hechos, actos u omisiones relacionados con el proceso arbitral de que conozcan o en el que participen.* »].

(176) J. Bosco Lee, *Arbitragem Comercial Internacional nos Países do Mercosul*, Biblioteca de Direito Internacional, Vol. 4, 2008, p. 131.

(177) *Argentine*: Cour d'appel nationale (Chambre civile), 26 mai 1953, cité dans J. Bosco Lee, *Arbitragem Comercial Internacional nos Países do Mercosul*, Biblioteca de Direito Internacional, Vol. 4, 2008, p. 131. [En espagnol : « *La responsabilidad en que podría incurrir el árbitro por omisión o mal cumplimiento de sus funciones no puede derivarse de la apreciación de las partes respecto a la eficacia del laudo, sino de circunstancias de las que resulte **acreditada fehacientemente la negligencia o mala fe.*** » Souligné par nous.].

## **2. La responsabilité civile de l'arbitre fondée sur la spécificité de sa mission**

La responsabilité civile de l'arbitre peut être cantonnée à l'exercice de sa mission (i). Certaines lois contiennent des dispositions visant la responsabilité de l'arbitre dans le cas précis où il rendrait une sentence en retard (ii). Certaines lois régissent également, bien que de manière plus ambiguë, la responsabilité de l'arbitre du fait du manquement à ses obligations d'ordre éthique (iii).

### ***i. La responsabilité de l'arbitre dans le cadre de l'exercice de sa mission***

Le Code de procédure civile et commerciale argentin ne contient pas de seuil relatif au dol ou à la faute grave de l'arbitre. Par contre, il prévoit en son article 745 que l'acceptation, par l'arbitre, d'accomplir sa mission entraîne sa responsabilité pour les dommages et intérêts causés par le non-accomplissement de ses fonctions arbitrales.<sup>178</sup>

### ***ii. La responsabilité spécifique de l'arbitre de rendre la sentence dans le délai imparti***

De manière plus précise, indépendamment de l'existence de dispositions relatives à la responsabilité civile de l'arbitre, nombreuses lois tiennent l'arbitre responsable des dommages et intérêts causés du fait de ne pas rendre la sentence dans le délai imparti. Ainsi, l'article 37(2) de la loi espagnole d'arbitrage prévoit que l'arbitre encoure sa responsabilité lorsqu'il ne rend pas la sentence dans le délai imparti, sans que cela

---

(178) *Argentine*: Article 745, Code de procédure civile et commerciale: « L'acceptation par les arbitres ouvre le droit aux parties de les contraindre à accomplir la mission à laquelle ils se sont engagés, au risque d'être tenus responsables pour tous les dommages et intérêts. » [En espagnol : « La aceptación de los árbitros dará derecho a las partes para compelerlos a que cumplan con su cometido, bajo pena de responder por daños y perjuicios. »].

n'affecte pour autant la validité de la sentence.<sup>179</sup> L'article 756 du Code de procédure civile et commerciale argentin prévoit que l'arbitre qui ne rend pas la sentence dans les temps ne percevra pas d'honoraires et sera tenu responsable à l'égard des parties des dommages et intérêts de ce fait.<sup>180</sup>

Bien que la loi panaméenne soit silencieuse sur ce point, l'article 45 du Règlement d'arbitrage du Centre de Conciliation et d'Arbitrage du Panama, en vigueur depuis le 1 août 2015, dispose qu'il pourra être mis fin à la procédure arbitrale, « *sans préjudice de la responsabilité encourue par les arbitres* » lorsque la sentence n'est pas rendue dans le délai imparti.<sup>181</sup>

---

(179) **Espagne**: Article 37.2, Loi 60/2003 du 23 décembre 2003 relative à l'arbitrage: « *Sauf accord contraire des parties, les arbitres devront rendre une décision sur le litige dans les six mois suivant la date de présentation de la requête à laquelle se réfère l'article 29 ou à l'expiration du délai imparti pour la rendre. Sauf accord contraire des parties, ce délai pourra être prorogé par les arbitres par un délai qui ne sera pas supérieur à deux mois, par le biais d'une décision motivée. Sauf accord contraire des parties, l'expiration du délai sans que les arbitres n'aient rendus une sentence définitive n'affectera pas l'efficacité de l'accord d'arbitrage ni la validité de la sentence rendue, sans préjudice de la responsabilité que peuvent encourir les arbitres.* » [En espagnol : « 2. Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros deberán decidir la controversia dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación a que se refiere el artículo 29 o de expiración del plazo para presentarla. Salvo acuerdo en contrario de las partes, este plazo podrá ser prorrogado por los árbitros, por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo no afectará a la eficacia del convenio arbitral ni a la validez del laudo dictado, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros. »].

(180) **Argentine**: Article 756, Code de procédure civile et commerciale: « *Les arbitres qui, sans cause légitime, ne rendront pas la sentence dans le délai imparti seront privés de leur droit à percevoir des honoraires. Ils seront ainsi responsables de réparer les dommages et intérêts.* » [En espagnol : « Los árbitros que, sin causa justificada, no pronunciaren el laudo dentro del plazo, carecerán de derecho a honorarios. Serán asimismo responsables por los daños y perjuicios. »].

(181) **Panama**: Article 45, Règlement d'arbitrage du Centre de Conciliation et d'Arbitrage du Panama: « *La mission arbitrale prend fin avec la sentence définitive ou par ordre du tribunal arbitral rendue dans l'une quelconque des hypothèses suivantes : [...] 5. Pour caducité du délai accordé aux arbitres pour rendre la sentence, sans préjudice de la responsabilité que cela encourent de ce fait.* » Souligné par nous. [En espagnol : « Las actuaciones arbitrales terminan con el laudo definitivo o por una orden del tribunal arbitral dictada en cualquiera de los siguientes supuestos: [...] 5. Por caducidad del plazo conferido a los árbitros para dictar laudo, **sin perjuicio de la responsabilidad en que éstos puedan incurrir por esta causa.** » Souligné par nous.].

### ***iii. La responsabilité civile de l'arbitre du fait de ses obligations éthiques***

Certaines lois sanctionnent également l'éventuel manquement aux devoirs d'impartialité et d'indépendance de l'arbitre qui le pousserait à se récuser une fois la procédure arbitrale initiée.<sup>182</sup>

Une telle responsabilité existe également dans l'hypothèse où l'arbitre viendrait à méconnaître le caractère confidentiel de l'arbitrage.<sup>183</sup>

## **3. Le silence de la loi en matière de responsabilité civile des arbitres**

Les lois brésilienne, chilienne et colombienne sont silencieuses sur la responsabilité civile des arbitres. De ce fait, la responsabilité civile de l'arbitre peut être soumise au droit commun (i) ou bien être assimilée à celle des juges (ii).

### ***i. La responsabilité civile de l'arbitre est une responsabilité de droit commun***

Le droit brésilien est silencieux sur la responsabilité civile des arbitres. En effet, la loi brésilienne sur l'arbitrage ne contient qu'une disposition en son article 13.6 selon laquelle l'arbitre doit agir avec impartialité, indépendance,

---

(182) Voir, par exemple, Pérou: Article 29.3, Loi n° 1071, Décret législatif qui régit l'arbitrage, 1 septembre 2008: « Sauf accord contraire, une fois que le délai pour rendre une sentence aura commencé, toute récusation sera sans effet. Néanmoins, l'arbitre doit considérer sa renonciation, sous sa responsabilité, s'il se trouve dans une circonstance qui affecte son indépendance et son impartialité. » [En espagnol : « *Salvo pacto en contrario, una vez que se inicie el plazo para la emisión de un laudo, es impropediente cualquier recusación. Sin embargo, el árbitro debe considerar su renuncia, bajo responsabilidad, si se encuentra en una circunstancia que afecte su imparcialidad e independencia.* »].

(183) Pérou: Article 51.1, Loi n° 1071, Décret législatif qui régit l'arbitrage, 1 septembre 2008: « Sauf accord contraire des parties, le tribunal arbitral, le secrétaire, l'institution arbitrale et, le cas échéant, les témoins, experts et tout autre qui intervient dans la procédure arbitrale sera obligé de respecter la confidentialité de la procédure, y compris de la sentence, ainsi que toute information dont ils auront connaissance à travers de dites procédures, sous responsabilité. » [En espagnol : « *Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral, el secretario, la institución arbitral y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales, están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad.* »].

compétence, diligence et discrétion.<sup>184</sup> A peine plus loin, l'article 14 dispose que l'arbitre ne peut être récusé que pour des faits survenus avant sa nomination, ce qui a entraîné certains auteurs à qualifier une immunité dans le cadre de l'exercice de la fonction arbitrale en droit brésilien.<sup>185</sup> D'autres auteurs considèrent que la responsabilité civile de l'arbitre doit, au regard du silence de la loi, rester cantonnée à l'hypothèse du dol ou de la faute grave. En l'absence d'un tel seuil, l'arbitre serait sous une pression trop importante au moment de rendre sa décisions.<sup>186</sup> La doctrine s'est prononcée dans le même sens en ce qui concerne le droit panaméen de l'arbitrage.<sup>187</sup>

## *ii. L'assimilation entre la responsabilité civile des juges et celle des arbitres*

La loi chilienne inspirée de la loi type de la CNUDMI ne contient pas de disposition expresse relative à la responsabilité des arbitres. Selon une partie de la doctrine, du fait de l'exercice par les arbitres d'une fonction analogue à celle des juges, les règles relatives à l'immunité relative de ces derniers serait applicable. Une autre partie de la doctrine considère néanmoins que, du fait du silence de la loi, la responsabilité de l'arbitre est une responsabilité civile de droit commun de type contractuelle ou délictuelle, ce qui rejoint le point soulevé ci-dessus.<sup>188</sup>

(184) **Brésil**: Article 13.6, Loi n° 9.307 du 23 septembre 1996, amendée par la loi No. 13.129 de 2015: « Dans le cadre de l'accomplissement de sa fonction, l'arbitre devra procéder avec impartialité, indépendance, compétence, diligence, et discrétion. » [En portugais: « No desempenho se sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição. »]

(185) T. Clay, *L'arbitre*, Dalloz, 2001.

(186) **Brésil**: C.A. Carmona, *Arbitragem e Processo*, Um Comentário à Lei n° 9.307/96, 3e ed., Atlas, 2009, p. 265. Il convient de remarquer que l'article 18 de la loi brésilienne relative à l'arbitrage dispose que « L'arbitre est un juge de fait et de droit, et la sentence qu'il rend n'est pas sujette à un recours ou à une homologation par le Pouvoir Judiciaire. » [En portugais: « O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário. »]. Pour autant, cela n'implique pas que l'arbitre soit assimilable à un juge; il s'agit plutôt d'un mode de renforcement de la valeur de la sentence arbitrale: *ibid*, p. 269; voir aussi, W. Barral Oliveira, A. Silva Maillart, *Capítulo VI Brasil*, in A. Zapata de Arbaláez (ed), *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica regulación presente y tendencias de futuro*, 2010, p. 196.

(187) **Panama**: U. Pittí G., « Capítulo XVIII Panama », in A. Zapata de Arbaláez (ed), *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica regulación presente y tendencias de futuro*, 2010, p. 595.

(188) **Chili**: E. Jequier Lhuedé, « Capítulo VII Chile », in A. Zapata de Arbaláez (ed), *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica regulación presente y tendencias de futuro*, 2010, p. 196; voir aussi, Pr. P. Perales Viscasillas, « Civil liability of arbitrators and arbitral institutions in international commercial arbitration: the development of the arbitration laws and rules in the last 30 years », 2013 *World Arbitration & Mediation Review* 405, Vol. 7, p. 407

La loi colombienne relative à l'arbitrage est silencieuse en matière d'immunité et/ou responsabilité des arbitres dans le cadre de l'arbitrage international. Les juges jouissent d'un certain degré d'immunité. Les arbitres en matière d'arbitrage national sont assimilés à des juges étatiques temporaires.<sup>189</sup> Néanmoins, à l'inverse, les arbitres en matière d'arbitrage international ne sont pas assimilés à des juges.<sup>190</sup> Il en résulte qu'en toute état de cause ils ne pourraient pas jouir d'une telle immunité par analogie.

## B. La Responsabilité Pénale

La responsabilité pénale des arbitres dans les Etats concernés découle généralement de dispositions législatives précises visant les arbitres **(1.)**. Le droit brésilien (ainsi que le droit colombien en matière interne)<sup>191</sup> se détachent néanmoins en ce qu'ils assimilent l'arbitre à un juge étatique en matière de responsabilité pénale **(2.)**.

---

(189) **Colombie**: Cour Constitutionnelle, Sentence C-431/95, 28 septembre 1995. Voir aussi, Article 116 de la Constitution : « [...] *Les particuliers peuvent être investis de manière transitoire d'administrer la justice [...] en tant qu'arbitres habilités par les parties pour se prononcer en droit ou en équité, dans les termes déterminés par la loi* ». [En espagnol : « [...] *Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.* »]

(190) **Colombie**: En effet, selon les articles 73.1, 73.2, 92 et 101 de la loi n° 1563 du 12 juillet 2012 relative à l'arbitrage interne et international, l'arbitre intervenant en matière d'arbitrage international peut être de nationalité étrangère et ne pas être avocat, et l'arbitrage peut ne pas être soumis aux règles procédurales du siège ni au droit colombien, à l'inverse de l'arbitrage interne. Il en résulte que l'arbitre international n'est pas considéré comme faisant partie du système judiciaire colombien.

(191) **Colombie**: Voir, Ancien Article 45, Décret n° 2279 de 1989. Voir aussi, en matière de contrôle disciplinaire : Article 19, Loi n° 1563 du 12 juillet 2012: « *Contrôle disciplinaire. Dans les termes de la Loi Statutaire de l'Administration de la Justice, le contrôle disciplinaire des arbitres, secrétaires et auxiliaires des tribunaux arbitraux est régie par les normes disciplinaires des services judiciaires et des auxiliaires de justice.* » [En espagnol : « *Control disciplinario. En los términos de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, el control disciplinario de los árbitros, los secretarios y los auxiliares de los tribunales arbitrales, se regirá por las normas disciplinarias de los servidores judiciales y auxiliares de la justicia.* »]

## 1. La responsabilité pénale propre de l'arbitre

Certaines lois contiennent des dispositions spécifiques relatives aux arbitres, laissant entendre que la responsabilité pénale de l'arbitre n'est encourue que dans ces cas.<sup>192</sup> La prévarication<sup>193</sup> et la corruption sont deux délits pour lesquels les arbitres peuvent être sanctionnés selon nombreuses de ces lois.

Ainsi, concernant la prévarication, le Code pénal argentin vise explicitement la responsabilité pénale de l'arbitre en son article 269, qui sanctionne d'une amende pouvant aller de 3000 \$AR à 75 000 \$AR ou pouvant faire l'objet d'une peine de prison.<sup>194</sup> Le Code pénal chilien prévoit en son article 227.3 que les dispositions relatives à la prévarication qui concernent les juges étatiques sont applicables aux arbitres :<sup>195</sup>

---

(192) J. Bosco Lee, *Arbitragem Comercial Internacional nos Países do Mercosul*, Biblioteca de Direito Internacional, Vol. 4, 2008, p. 134.

(193) La prévarication résulte d'une suite d'actes consistant pour le détenteur d'une charge ou d'un mandat à ne pas satisfaire aux obligations résultant de cette charge ou de ce mandat. Ce terme est absent du Code pénal français.

(194) Argentine: Article 269, Code pénal: « Sera soumis à une amende pouvant aller de trois mil pesos a soixante-quinze mil pesos et la perte d'habilitation perpétuelle le juge qui rend des solutions contraires à la loi invoquées par les parties et par lui ou qui cite, pour les fonder, des faits ou résolutions fausses. [...] Les dispositions du premier paragraphe de cet article seront applicables, le cas échéant, aux arbitres et amiables compositeurs. » [En espagnol : « Sufrirá multa de pesos tres mil a pesos setenta y cinco mil e inhabilitación absoluta perpetua el juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por el mismo o citare, para fundarlas, hechos o resoluciones falsas. [...] Lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo, será aplicable, en su caso, a los árbitros y arbitadores amigables compondores. »].

(195) Chili: Article 227.3, Code pénal: « S'appliqueront respectivement les peines déterminées dans les articles précédents : [...] 3°. Aux délégués, experts et autres personnes qui, exerçant des compétences analogues, dérivent de la loi, du tribunal ou de la nomination des parties, se trouvent dans la même situation. » [En espagnol : « Se aplicarán respectivamente las penas determinadas en los artículos precedentes: [...] 3°. A los compromisarios, peritos y otras personas que, ejerciendo atribuciones análogas, derivadas de la ley, del tribunal o del nombramiento de las partes, se hallaren en idénticos casos. »].

il s'agit des articles 223,<sup>196</sup> 224 (alinéas 2, 3, 6 y 7),<sup>197</sup> et l'article 225 (alinéas 1 à 3).<sup>198</sup>

(196) Chili: Article 223, Code pénal: « Les membres des tribunaux de justice collégiaux ou unipersonnels et les assesseurs seront démis de leurs fonctions de manière absolue et perpétuelle pour les postes et offices publics, droits politiques et professions titulaires et de réclusion dans n'importe lesquels de ses grades : 1°. Quand, en connaissance des faits, ils portent atteinte contre la loi expresse et en vigueur en matière pénale ou civile. 2°. Quand, par lui-même ou par personne interposée, ils admettent ou s'arrangent pour admettre un don du fait d'abandonner une charge. 3°. Quand dans l'exercice des fonctions de son emploi ou en faisant valoir le pouvoir que celui-ci lui donne, ils séduisent ou sollicitent une personne inculpée ou qui plaide devant eux. » [En espagnol : « Los miembros de los tribunales de justicia colegiados o unipersonales y los fiscales judiciales, sufrirán las penas de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares y la de presidio o reclusión menores en cualesquiera de sus grados: 1°. Cuando a sabiendas fallaren contra ley expresa y vigente en causa criminal o civil. 2°. Cuando por sí o por interpuesta persona admitan o convengan en admitir dádiva o regalo por hacer o dejar de hacer algún acto de su cargo. 3°. Cuando ejerciendo las funciones de su empleo o valiéndose del poder que éste les da, seduzcan o soliciten a persona imputada o que litigue ante ellos. »].

(197) Chili: Article 224, Code pénal: « Souffriront les peines d'être démis de leurs fonctions et offices publiques de manière absolue et temporaire dans tous ses grades et de réclusion mineure en ses grades mineurs ou moyens : [...] 2°. Quand, en connaissance de cause, ils contreviendront aux lois qui régissent la conduite des jugements, de manière à conduire à la nullité de tout ou partie. 3°. Quand, malicieusement, ils nient ou retardent l'administration de la justice et l'aide ou la protection qui leur est demandée légalement. [...] 6°. Quand ils révèlent les secrets du jugement ou aident ou conseillent une parties intéressés, portant préjudice à la partie adverse. 7°. Quand avec implication manifeste volontaire et sans en avoir informé au préalable les parties, ils manquent dans une cause pénale ou civile. » [En espagnol : « Sufrirán las penas de inhabilitación absoluta temporal para cargos y oficios públicos en cualquiera de sus grados y la de presidio o reclusión menores en sus grados mínimos a medios: [...] 2°. Cuando a sabiendas contravinieren a las leyes que regulan la sustanciación de los juicios, en términos de producir nulidad en todo o en parte sustancial. 3°. Cuando maliciosamente nieguen o retarden la administración de justicia y el auxilio o protección que legalmente se les pida. [...] 6°. Cuando revelen los secretos del juicio o den auxilio o consejo a cualquiera de las partes interesadas en él, en perjuicio de la contraria. 7°. Cuando con manifiesta implicancia, que les sea conocida y sin haberla hecho saber previamente a las partes, fallaren en causa criminal o civil. »].

(198) Chili: Article 225, Code pénal: « Encourent les peines de suspension de charge ou d'emploi dans tous ses grades et une amende de onze a vingt unités tributaires mensuelles ou seulement dans cette dernière, quand, par négligence ou ignorance excusable : 1°. Rendent une sentence manifestement injuste dans une cause civile. 2°. Contreviennent aux lois qui règlent la conduite des jugements de manière à conduire à la nullité de tout ou partie sur le fond. 3°. Ils nient ou retradent l'administration de la justice et l'aide et la protection qui leur est demandées légalement. » [En espagnol : « Incurrirán en las penas de suspensión de cargo o empleo en cualquiera de sus grados y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales o sólo en esta última, cuando por negligencia o ignorancia inexcusables: 1°. Dictaren sentencia manifestamente injusta en causa civil. 2°. Contravinieren a las leyes que regulan la sustanciación de los juicios en términos de producir nulidad en todo o en parte sustancial. 3°. Negaren o retardaren la administración de justicia y el auxilio o protección que legalmente se les pida. [...] »].



Concernant les actes de corruption dont l'arbitre se rendrait coupable, celle-ci est sanctionnée par exemple par l'article 265 du Code pénal argentin.<sup>199</sup> De même, le code pénal péruvien rend applicable à l'arbitre diverses dispositions relatives à la corruption,<sup>200</sup> ainsi que le droit espagnol.<sup>201</sup>

(199) Argentine: Article 265, Code pénal: « Sera condamné avec réclusion ou prison de un à six ans et demis de ses fonctions de manière spéciale et perpétuelle le fonctionnaire public qui, directement ou par tiers interposé ou par acte simulé, s'intéresse à un bénéfice propre ou à celui d'un tiers, dans n'importe quel contrat ou opération dans lequel intervient du fait de son poste. Cette disposition sera applicable aux arbitres, amiables compositeurs, experts, compteurs, tuteurs, curateurs, exécuteurs, membres syndicaux et liquidateurs du fait des fonctions qu'ils accomplissent en tant que tel. » [En espagnol : « Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interese en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo. Esta disposición será aplicable a los árbitros, amigables compondores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales. »].

(200) Pérou: Article 395, Code pénal: « Le Magistrat, Arbitre, Expert, Membre du Tribunal Administratif ou n'importe quel autre analogue à ceux-ci qui, sous n'importe quelle modalité accepte ou reçoit une donation, promesse, ou n'importe quel autre avantage ou bénéfice en connaissance de cause et fait avec l'objectif d'influencer ou décider dans un matière soumise à sa connaissance ou à sa compétence sera réprimé par une peine privative de liberté qui ne sera pas inférieure à six ni supérieure à quinze ans et demis de ses fonctions de manière conforme aux alinéas 1 et 2 de l'article 36 du Code Pénal et avec cent quatre-vingt à trois cent soixante-cinq jours-amende. Le Magistrat, Arbitre, Expert, Membre du Tribunal Administratif ou n'importe quel autre analogue à ceux-ci qui sous n'importe quelle modalité sollicite, directement ou indirectement, donation, promesse, ou n'importe quel avantage ou bénéfice avec l'intention d'influence la décisions d'une cause qui est soumise à sa connaissance sera réprimé par une peine privative de liberté de non moins de huit ni plus de quinze ans et demis de ses fonctions de manière conforme aux alinéas 1 et 2 de l'article 26 du Code pénal et trois cent soixante-cinq à soixante-quinze jours-amende. » [En espagnol : « El Magistrado, Árbitro, Fiscal, Perito, Miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, a sabiendas que es hecho con el fin de influir o decidir en asunto sometido a su conocimiento o competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. El Magistrado, Árbitro, Fiscal, Perito, Miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad solicite, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos días-multa. »]; Voir aussi, Articles 384, 385 et 368 du Code pénal.

(201) Espagne: Article 440, Code pénal: «Les experts, arbitres et comptables partis qui se comportent de la manière prévue par l'article précédent concernant les biens ou choses où ils sont intervenus sur la valorisation, répartition ou adjudication et les tuteurs, curateurs, ou huissiers concernant les biens appartenant à ceux qui sont sous leur protection et aux administrateurs d'entreprise concernant les biens et droits intégrés par l'ensemble de l'entreprise, seront punis d'une peine de douze à vingt-quatre mois et demis de leurs fonctions de manière spéciale pour les postes ou charges publiques, profession ou office, garde, tutelle ou curatelle, selon le cas, pour trois à six ans, à moins que cette

## 2. Dans le cadre de la responsabilité pénale, l'assimilation entre l'arbitre et le juge

En droit brésilien, selon l'article 17 de la loi n° 9.307,<sup>202</sup> la responsabilité pénale des arbitres est assimilée à la responsabilité pénale des juges du fait de l'analogie entre les fonctions qu'ils exercent. De ce fait, les articles 312 à 327 du Code pénal brésilien seraient applicables aux arbitres. Il convient néanmoins de remarquer que seuls les articles 316, 317, 419 et 325 sont réellement transposables à ces derniers.<sup>203</sup>

---

*conduite ne soit sanctionnée par une majeure peine ailleurs dans le présent Code. » [En espagnol : « Los peritos, árbitros y contadores partidores que se condujeren del modo previsto en el artículo anterior, respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, partición o adjudicación hubieran intervenido, y los tutores, curadores o albaceas respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarios, y los administradores concursales respecto de los bienes y derechos integrados en la masa del concurso, serán castigados con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, guarda, tutela o curatela, según los casos, por tiempo de tres a seis años, salvo que esta conducta esté sancionada con mayor pena en otro precepto de este Código. »; Article 439, Code pénal: « L'autorité ou le fonctionnaire public qui, devant intervenir pour des raisons liées à son poste dans n'importe quel type de contrat, cause, opération ou activité qui profite de telles circonstances pour forcer ou faciliter d'une quelconque manière la participation, directe ou par tiers interposé, dans de telles affaires ou activités, encourt une peine de prison de six mois à deux ans, une amende de douze à vingt-quatre mois et d'être démis de ses fonctions de manière spéciale pour tout poste ou charge publique et pour l'exercice du droit de suffrage passif pour deux à sept ans. » [En espagnol : "La autoridad o funcionario público que, debiendo intervenir por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de dos a siete años."]*

(202) **Brésil**: Article 17, Loi n° 9.307 du 23 septembre 1996, amendée par la loi No. 13.129 de 2015: « Les arbitres, en ce qui concerne l'exercice de leurs fonctions ou en raison de cet exercice, sont considérés comme des fonctionnaires publiques pour ce qui est de la législation pénale. » [En portugais : « Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal. »].

(203) J. Bosco Lee, *Arbitragem Comercial Internacional nos Países do Mercosul*, Biblioteca de Direito Internacional, Vol. 4, 2008, p. 134.

# ANNEXE 4

## La responsabilité de l'arbitre en droit suisse

---

### I. Nature de la relation entre l'arbitre et les parties à l'arbitrage

Comme en France, le droit suisse connaît un régime dualiste et prévoit des règles différentes pour l'arbitrage interne et pour l'arbitrage international. L'arbitrage interne est régi par le Titre III du Code de Procédure Civile («CPC») et l'arbitrage international est régi par le Chapitre XII de la Loi Fédérale sur le Droit International Privé («LDIP»).

Ni le CPC ni la LDIP ne prévoient de règles générales concernant la nature de la relation juridique entre l'arbitre et les parties à l'arbitrage.

La jurisprudence a rendu quelques arrêts faisant allusion à cette relation sans toutefois répondre à l'ensemble des questions qui se posent.

Dans un arrêt ancien (1985), le Tribunal fédéral a jugé que l'arbitre « est lié avec les parties par des relations contractuelles (...) qui ressortissent au droit de procédure, le droit privé pouvant être appliqué par analogie » (ATF 111 Ia 72, 76). Cette affirmation était mise en lien avec le devoir de révélation de l'arbitre qui a, par la suite, été consacré dans la loi (l'arrêt de 1985 a été rendu avant l'entrée en vigueur du CPC et à un moment où l'arbitrage était encore régi par le Concordat Intercantonal sur l'arbitrage).

L'extrait complet indique ce qui suit :

*« Lorsqu'il a accepté de fonctionner comme tel, l'arbitre est lié avec les parties par des relations contractuelles (art. 14 CIA) qui ressortissent au droit de procédure, le droit privé pouvant être appliqué par analogie (ATF 101 II 170, ATF 96 I 338 -340 et les références citées).*

*Comme avant la conclusion de tout autre contrat, les futures parties contractantes ont le devoir de se renseigner réciproquement sur des faits susceptibles d'influer de manière importante sur la détermination de l'autre partie à conclure lorsqu'il y a des raisons de penser que celle-ci les ignore (ATF 108 II 313, ATF 105 II 79,*

*ATF 102 II 84 et les arrêts cités). L'arbitre n'échappe pas à cette règle. Ensuite, il doit faire tout ce qui est propre à favoriser le déroulement régulier de la procédure arbitrale et s'abstenir de tout ce qui pourrait le compromettre, en tant que devoir contractuel accessoire (cf. en général sur de tels devoirs MERZ, n. 260/262 ad art. 2 CC, DESCHENAUX, Le titre préliminaire du code civil, p. 165, GUHL/MERZ/KUMMER, Das schweizerische Obligationenrecht, p. 13, ENGEL, in RDS 1983 II 64).»*

Dans un arrêt de 2008, le Tribunal fédéral devait se prononcer sur la nature d'une décision prise par un tribunal arbitral sur ses propres honoraires.

Il a jugé que le tribunal arbitral n'avait aucune compétence pour rendre une décision exécutoire au sujet de ses propres honoraires lesquels trouvent leur fondement dans le contrat (*receptum arbitri*) entre les arbitres et les parties (ATF 136 III 597, c. 5.2.1). Par conséquent, une décision prise par l'arbitre au sujet de ses honoraires n'a aucune force exécutoire et n'a pas plus de valeur que celle d'une « facture ».

Enfin, dans un arrêt de 2014, le Tribunal fédéral paraît accepter la thèse de la doctrine dominante en Suisse, selon laquelle le contrat d'arbitre est une forme de « *mandat sui generis* » mais dont les règles typiques du mandat sont « largement exclues » notamment celles concernant la fin du contrat (ATF 140 III 75, c. 3.2.1). Le passage pertinent indique ce qui suit :

*« Le contrat d'arbitre - receptum arbitrii ou arbitri (cf. ATF 136 III 597 consid. 5 p. 600; sur la terminologie, voir THOMAS CLAY, L'arbitre, Paris 2001, p. 487-498) - désigne la relation contractuelle qui se noue entre l'arbitre et les parties. Il participe de la nature mixte de l'arbitrage, lequel revêt un caractère contractuel par sa source et juridictionnel par son objet (FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, Traité de l'arbitrage commercial international, Paris 1996, n. 1122). L'arbitre, tel le juge étatique, est investi du pouvoir de trancher un différend par une sentence équivalant à un jugement, mais il tient ce pouvoir de la*

*volonté des parties (KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, Arbitrage international, Droit et pratique à la lumière de la LDIP, 2e éd. 2010, n. 24). Le contrat d'arbitre est souvent qualifié de mandat sui generis, mais les règles du mandat (art. 394 ss CO) sont largement exclues par le statut de l'arbitre, s'agissant notamment des conditions dans lesquelles ce contrat prend fin (PIERRE-YVES TSCHANZ, in Commentaire romand, Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano, 2011, n° 55 ad art. 179 LDIP). »*

Le Tribunal fédéral a encore précisé que « *le contrat d'arbitre n'étant pas un mandat pur et simple, il échappe à la règle, ancrée à l'art. 404 al. 1 CO, selon laquelle le mandat peut être répudié en tout temps* », de sorte qu'il est « *communément admis que l'arbitre n'est en droit de démissionner que pour de justes motifs* ».

Aucun des arrêts précités ne traite spécifiquement de la responsabilité de l'arbitre et des conditions de cette responsabilité.

La thèse contractuelle, qui analyse la relation juridique entre les parties et l'arbitre comme un contrat, est dominante en doctrine<sup>204</sup> mais n'est pas unanimement admise.

Ainsi, deux commentateurs influents (Berger/Kellerhals) considèrent que la relation juridique entre l'arbitre et les parties ne relève pas du droit des contrats. Ils font remarquer que, fréquemment, une des parties (voire les deux) n'a/n'ont pas accepté la nomination d'un arbitre (qui a été désigné par l'autre partie, ou par une institution ou le juge d'appui), que le droit suisse est très réticent à reconnaître une « obligation de conclure » des contrats et que, par conséquent, le contrat d'arbitre (*receptum abitri*) n'est pas la voie appropriée de caractériser la relation entre les arbitres et les parties (« *is not the appropriate way of characterizing the relationship between arbitrators and parties* »)<sup>205</sup>.

Selon ces auteurs, la relation entre les arbitres et les parties est régie par un rapport obligationnel fondé dans la loi, ce qui n'exclut pas que, sur certains points particuliers, les parties et les arbitres se mettent d'accord

---

(204) Bernet/Eschment, p. 190-191.

(205) Berger/Kellerhals, p. 343, para. 965.

par des accords spéciaux (*«In our view, the relationship between arbitrators and parties cannot therefore be deemed based on contractual arrangements between them, but instead on a statutory legal relationship (Gesetzliches Schuldverhältnis). This does not exclude that parties and arbitrators may enter into specific agreements on subsidiary matters such as, for example, the general conduct of the proceedings, details concerning the arbitral procedure, variations of non-mandatory provisions of the applicable arbitration law or the arbitrators' fees and expenses»*)<sup>206</sup>.

Selon la thèse majoritaire, qui paraît avoir l'appui du Tribunal fédéral, le contrat d'arbitre est donc un contrat de « *mandat sui generis* », reflétant la nature « *mixte* » de l'arbitrage (contractuelle et juridictionnelle), auquel on applique les règles de droits privés (directement, plutôt que par « *analogie* », comme l'avait affirmé la jurisprudence ancienne de 1985).

Les règles ordinaires du mandat (Art. 394 ss. CO) sont « *largement exclues par le statut de l'arbitre* », et, en particulier, l'art. 404 al. 1 CO permettant de répudier le mandat en tout temps n'est pas applicable.

Le contrat d'arbitre donne naissance à des droits et à des obligations.

Les obligations à la charge de l'arbitre comprennent, en particulier, les devoirs suivants<sup>207</sup> :

- Devoir de trancher le litige dont il est saisi ;
- Devoir de rendre une sentence dans des délais raisonnables et, cas échéant, dans le délai prescrit par la convention ou les règles procédurales applicables ;
- Devoir d'exécuter sa mission en personne ;
- Devoir de diligence et de fidélité ;
- Devoir de confidentialité ;
- Devoir de révéler tout motif pouvant susciter des doutes sur son indépendance et son impartialité au vu des parties en cause ;
- Devoir de respecter les principes fondamentaux de la procédure, en particulier le droit d'être entendu.

---

(206) Berger/Kellerhals, p. 344, para. 967.

(207) Bernet/Eschment, p. 191 ; Kaufmann-Kohler/Rigozzi, p. 234-235, para. 4.188.

Selon la théorie non contractuelle défendue par Berger/Kellerhals, les mêmes devoirs s'imposent aux arbitres, en vertu d'une obligation de nature légale (Berger/Kellerhals, p. 343 ss., para. 971 ss.).

On peut relever que certains des devoirs précités sont fondés à la fois sur une obligation contractuelle (selon la thèse contractuelle) et sur une obligation légale (par exemple, le devoir de révéler tout conflit d'intérêt potentiel, qui est expressément consacré à l'article 363 al. 1 CPC).

## II. Responsabilité de l'arbitre

Aucune disposition légale (de la LDIP ou du CPC) ne traite de la responsabilité de l'arbitre.

A ma connaissance, aucun arrêt du Tribunal fédéral n'a abordé cette question. En outre, je ne suis pas au courant d'une jurisprudence cantonale ayant traité de ce sujet.

Par conséquent, le droit suisse repose uniquement sur les opinions doctrinales émises au sujet de la responsabilité de l'arbitre.

Il est admis que l'arbitre peut engager sa responsabilité dans le cadre de son activité d'arbitre. Selon la conception dominante, cette responsabilité est de nature contractuelle et fondée sur l'article 398 CO (responsabilité du mandataire) et/ou sur l'article 97 CO (disposition générale sur la responsabilité contractuelle)<sup>208</sup>.

Les conditions habituelles de la responsabilité contractuelle s'appliquent, à savoir (i) une violation d'un devoir contractuel, (ii) un dommage, (iii) un lien de causalité entre la violation du devoir contractuel et le dommage, et (iv) une faute, laquelle est toutefois présumée.

La doctrine unanime considère que la responsabilité de l'arbitre doit être restreinte<sup>209</sup>. On évoque parfois, mais pas toujours, l'idée d'une « immunité arbitrale ».

Si le principe d'une restriction, ou de l'immunité, est admis, la controverse porte sur le fondement de cette restriction de la responsabilité de l'arbitre.

(208) Bernet/Eschment, p. 191.

(209) Bernet/Eschment, p. 192; Kaufmann-Kohler/Rigozzi, p. 236, para. 4.192.

Certains auteurs ont suggéré d'appliquer par analogie les règles sur la responsabilité (limitée) des juges (en réalité, de la responsabilité de l'Etat pour les activités des juges)<sup>210</sup>.

D'autres auteurs, s'inspirant de la jurisprudence allemande, estiment que l'immunité arbitrale trouve son fondement dans un accord implicite des parties prévoyant que l'arbitre, lorsqu'il exerce sa mission juridictionnelle, n'est responsable qu'en cas de dol ou de faute grave<sup>211</sup>.

Certains auteurs analysent la question sous l'angle de la faute – plutôt que sous l'angle de la violation d'un devoir contractuel – et considèrent que la nature particulière de l'activité de l'arbitre entraîne une appréciation différente de sa « faute » laquelle pourrait être appréciée comme celle d'un juge<sup>212</sup>.

Enfin, certains auteurs postulent l'existence d'une règle non écrite de droit privé prévoyant que la responsabilité de l'arbitre ne peut être engagée qu'en cas de dol ou de faute grave<sup>213</sup>.

Quel que soit le fondement de la restriction de la responsabilité, l'effet généralement reconnu est que l'arbitre est uniquement responsable en cas de dol ou de faute grave<sup>214</sup>.

Par ailleurs, et même si tous les auteurs ne le précisent pas expressément, la restriction de la responsabilité concerne uniquement les actes ou omissions relevant de la fonction juridictionnelle, par exemple une mauvaise décision prise sur le fond<sup>215</sup>.

Pour les actes ou omissions ne relevant pas de la fonction juridictionnelle (et qui sont, parfois, regroupés sous le terme d'obligations « accessoires » de l'arbitre), les standards ordinaires de responsabilités paraissent applicables. En particulier, certains auteurs ont expressément précisé que la responsabilité était ordinaire (et non pas restreinte) en cas de violation par l'arbitre de son devoir de révélation, en cas de violation du devoir

---

(210) Bernet/Eschment, p. 193.

(211) Bernet/Eschment, p. 193.

(212) Bernet/Eschment, p. 194; Göksu, para. 1087.

(213) Bernet/Eschment, p. 194; Hoffet, p. 307.

(214) Bernet/Eschment, p. 192; Berger/Kellerhals, para. 996; Poudret/Besson, para 446; Kaufmann-Kohler/Rigozzi, p. 236, para. 4.192.

(215) Kaufmann-Kohler/Rigozzi, p. 236, para. 4.192-4.193.



de confidentialité ou en cas de résiliation de son mandat sans justes motifs<sup>216</sup>.

L'annulation de la sentence n'est pas à elle seule un cas de responsabilité. Inversement, certains auteurs ont soutenu que l'annulation de la sentence était un préalable nécessaire à la responsabilité de l'arbitre<sup>217</sup>.

La doctrine majoritaire considère que les arbitres sont solidairement responsables (selon l'art. 403 al. 2 CO), de sorte qu'une partie pourrait librement choisir d'agir contre l'un ou contre l'ensemble des arbitres<sup>218</sup>. Un arbitre recherché en responsabilité pourrait alors se retourner contre ses collègues (Art. 148 CO).

Il faut toutefois préciser que les règles sur la responsabilité solidaire ne trouveraient pas application si un seul arbitre est responsable dès lors qu'il n'y aurait alors pas de violation commune (typiquement en cas de violation des devoirs de confidentialité par un seul arbitre ou de violation par un arbitre de son devoir de révélation).

Les parties et les arbitres peuvent convenir d'exclure la responsabilité des arbitres. Elles peuvent notamment le faire par le biais d'un arbitrage.

Le règlement suisse d'arbitrage international prévoit une telle disposition à son article 45 (1) :

*« Les membres du conseil d'administration de la Swiss Chambers' Arbitration Institution, les membres de la Cour et du Secrétariat, les Chambres, leur personnel, les arbitres, les experts nommés par le tribunal arbitral, le secrétaire du tribunal arbitral ne peuvent être tenus responsables d'actions ou omissions en rapport avec un arbitrage mené sous l'égide du présent Règlement, sauf s'il est démontré que l'action ou l'omission constitue un acte illicite intentionnel ou une faute grave. »*

Une telle exclusion couvre l'ensemble des actes de l'arbitre, et non pas seulement ceux de nature « juridictionnelle ». Elle est valable dans les

---

(216) Boog/Stark-Traber, p. 170, para. 42.

(217) Bernet/Eschment, p. 195.

(218) Bernet/Eschment, p. 192.

limites de l'article 100 al.1 CO qui prévoit que « *[E]st nulle toute stipulation tendant à libérer d'avance le débiteur de la responsabilité qu'il encourrait en cas de dol ou de faute grave* ».

L'arbitre peut également être tenu responsable en vertu d'une responsabilité précontractuelle, typiquement en lien avec une violation des devoirs de révélation (ATF 111 la 72, 77).

A ma connaissance, il n'existe aucune règle prévoyant une responsabilité disciplinaire en cas de violation par un arbitre de ses devoirs contractuels ou légaux. En particulier, il ne me semble pas que les règles et usages du barreau puissent être appliqués dans ce contexte.

Les avocats doivent être au bénéfice d'une assurance responsabilité civile. Ces assurances couvrent l'ensemble des activités professionnelles de l'avocat, y compris les activités d'arbitrage et celles liées à la fonction d'arbitre. La couverture par les assurances *responsabilité* civile ne paraît pas poser problème dans ce contexte.

J'ai connaissance de quelques cas – peu nombreux – dans lesquels des arbitres suisses ont été recherchés en responsabilité. Je n'ai en revanche pas connaissance de cas portés devant les tribunaux suisses. Je n'ai pas non plus connaissance de cas où un arbitre aurait dû verser des dommages à une partie en raison d'activité d'arbitre. Il va sans dire que de tels cas peuvent exister ou se produire à l'avenir, et que la question doit être prise sérieusement. Je ne suis pas au courant d'une réflexion similaire, en Suisse, à celle engagée par le Club des juristes au sujet de la responsabilité de l'arbitre.

### III. Bibliographie limitée

1. Bernhard Berger/Franz Kellerhals, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3<sup>rd</sup> Edition, Berne 2015, pp. 342-353;
2. Martin Bernet/Jörn Eschment, *Liability of Arbitrators under Swiss Law: Legal Basis and Limitations of Arbitral Immunity*, in: *Schieds VZ 2016*, Heft 4, pp. 189-195;
3. Christopher Boog/Sonja Stark-Traber, *Commentaire ZPO, Article 364*, pp. 158-174;
4. Stefan Grundmann, *Article 364*, in: *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 2<sup>nd</sup> Edition, 2013;
5. Franz Hoffet, *Rechtliche Beziehungen zwischen Schiedsrichtern und Parteien*, Zürich 1991;
6. Gabrielle Kaufmann-Kohler/Antonio Rigozzi, *International Arbitration: Law and Practice in Switzerland*, Oxford 2015, pp. 231-237;
7. Christoph Müller, *Contrats de droit Suisse*, Berne 2012, pp. 720-733;
8. Jean-François Poudret/Sébastien Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, 2<sup>nd</sup> ed., London 2007, paras. 437-449;
9. Pierre-Yves Tschanz, *Arbitrage International, Commentaire romand LDIP*, pp. 1560-1575;
10. Stephan A. Vogt, *Der Schiedsrichtervertrag nach schweizerischem und internationalem Recht*, Aachen 1996.



Association déclarée - 4, rue de la Planche 75007 Paris  
Tél. : 01 53 63 40 04

[www.leclubdesjuristes.com](http://www.leclubdesjuristes.com)

Retrouvez-nous sur :

