

Jakob Michael Gleim*

La responsabilité de l'arbitre dans l'arbitrage commercial international

Abstract

L'arbitrage international est un des plus importants domaines du droit international privé, non seulement en termes de nombre de cas, mais aussi en termes de valeurs économiques en jeu et d'opportunités d'emploi. Cependant, la conséquence des montants litigieux souvent très hauts dans l'arbitrage n'est pas seulement la possibilité pour l'arbitre d'y gagner de bons honoraires, mais il en découle aussi une responsabilité élevée tant morale que juridique. Cette contribution vise à présenter autant les fondements de la responsabilité de l'arbitre que les différents cas de figure qui peuvent typiquement déclencher cette responsabilité, toujours en tenant compte de l'internationalité du domaine de l'arbitrage.

* Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Breisgau. Der Text wurde ursprünglich als Seminararbeit an der Universität Genf eingereicht, wo der Verfasser 2010/2011 ein Auslandsjahr absolviert hat.

I. Introduction et importance générale de la responsabilité de l'arbitre

Le développement de l'arbitrage international commercial est désormais devenu un mouvement que l'on peut considérer comme irréversible. Il ne semble pas probable de voir bientôt un affaiblissement de la tendance à recourir à l'arbitrage face aux différends nés des relations commerciales internationales. Les avantages qui mènent les acteurs internationaux à soumettre leurs litiges à un tribunal arbitral sont assez bien connus: la confidentialité, la rapidité et l'adaptation aux besoins des parties pour n'évoquer que les plus souvent cités. Mais la qualité de l'arbitrage et la persistance de ces avantages dépendent en grande partie de la qualité des arbitres: tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage.¹ La personne de l'arbitre joue donc un rôle énorme dans le domaine de l'arbitrage, il est alors assez naturel qu'on se pose la question de sa responsabilité civile.

Mais si l'on jette un coup d'œil dans les recueils de jurisprudence des Etats occidentaux, il est très rare de trouver des cas où un arbitre a été condamné à payer des dommages-intérêts qu'il aurait causés à une des parties au litige.² Ce constat peut s'expliquer pour plusieurs raisons: d'un point de vue «optimiste» on pourrait être tenté d'en déduire que les arbitres sont tout simplement très consciencieux de leurs devoirs et de la confiance qu'on leur porte et qu'ils ne commettent pas d'erreurs. Suivant par contre une approche plutôt «pessimiste», on peut faire référence aux difficultés de preuve qui sont rencontrées lorsqu'il s'agit de poursuivre un arbitre – car le secret du délibéré empêche l'utilisation d'un grand nombre de preuves- ou encore à l'immunité de l'arbitre, plus ou moins vaste selon les différents ordres juridiques nationaux.

Quelle que soit la raison pour la «pénurie» de précédents en la matière, signifie-t-elle que la question de la responsabilité de l'arbitre ait peu ou pas d'importance? Cela n'est pas le cas. On trouve au moins deux champs d'application qui justifient un examen approfondi de la responsabilité de l'arbitre:

Premièrement, le seul fait que les cas où une responsabilité s'est réalisée sont rares ne veut pas dire qu'ils ne se produisent point. Dans la mesure où le nombre d'arbitrages va augmenter, le nombre de précédents est susceptible d'augmenter. Compte tenu des sommes en litige dans les arbitrages commerciaux internationaux qui sont d'habitude assez élevées, les parties aussi bien que l'arbitre ont un intérêt légitime soit de régler la question de la responsabilité préalablement entre eux, soit, pour l'arbitre, de s'assurer contre les risques financiers qui en découlent.

Deuxièmement, la responsabilité civile joue un rôle important comme facteur de règlement de comportement social. La responsabilité civile sert bien sûr en premier lieu à assurer une compensation économique pour les dommages subis. Mais en deuxième lieu, elle a aussi la tâche d'établir et de renforcer les normes de comportement qui

1 *Chang*, Formation of the Arbitral Tribunal Arbitration International 2001, 401 (401).

2 *Fouchard*, Statut des Arbitres Juris-Classeur de Droit International, Fasc. 586-7-3, n° 135.

sont souhaitables dans la société.³ Cela vaut indépendamment de la question des **punitive damages** qui sont inconnus au **civil law**. Ainsi la responsabilité de l'arbitre fait aussi office d'incitation au comportement correct. Et c'est peut-être grâce à la conscience des arbitres de leur responsabilité professionnelle qu'ils commettent assez peu de fautes et que rares sont les cas où cette responsabilité s'est manifestée.

La responsabilité civile de l'arbitre peut être engagée envers au moins trois groupes de personnes: les parties au litige, l'institution d'arbitrage (dans un arbitrage institutionnel) et les autres arbitres du tribunal arbitral. Le présent travail se limitera à examiner la responsabilité sans doute la plus importante en pratique: la responsabilité à l'égard des parties.

II. Les fondements de la responsabilité civile

1. La responsabilité contractuelle

Si l'on veut aborder le sujet de la responsabilité de l'arbitre, il faut d'abord examiner s'il peut y avoir une responsabilité contractuelle, car elle offre, dans la plupart des ordres juridiques, un régime de responsabilité plus strict et plus précis que celui de la responsabilité délictuelle. En France s'ajoute à cela le principe du non-cumul, il faut donc savoir sur quelle base légale fonder sa prétention. Si l'on veut parler d'une responsabilité contractuelle, il est de rigueur d'examiner d'abord s'il y a un contrat et de quel caractère il relève. Ensuite, il faut déterminer par quelle loi nationale ce contrat pourra être régi dans un contexte transnational comme celui de l'arbitrage international.

a) *La nature du contrat d'arbitre*

Il n'existe aucune notion de contrat liant les parties au litige et leur(s) arbitre(s), qui soit universellement reconnue et acceptée. En effet, le terme qui désigne ce contrat, le contenu et son caractère juridique sont fortement discutés et varient beaucoup. Même la qualification des liens entre les parties et l'arbitre comme relation contractuelle – bien qu'elle soit largement acceptée – ne fait pas l'unanimité. Cela n'est guère étonnant, car l'arbitre joue un rôle en quelque sorte à mi-chemin entre un magistrat et un prestataire de services.⁴ Le contrat d'arbitre a même été qualifié comme étant un «phénomène énigmatique».⁵ Par la suite, je vais présenter quelques doctrines nationales et ensuite je vais essayer d'en isoler les éléments essentiels communs.

aa) Droit romain

Les relations entre les parties en dispute et la personne choisie par ces dernières pour trancher leur litige étaient déjà objet de réflexion pour les juristes romains. Le texte

3 Wagner, dans: MünchKomm BGB, ad §§ 823 ss n° 40.

4 Gal, Die Haftung des Schiedsrichters in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, thèse Francfort-sur-le-Main 2008, p. 4.

5 Lionnet, The Arbitrator's Contract Arbitration International 1999, 161 (161).

romain le plus important est sans doute le «receptum arbitri» (Digeste 4.8.3.2: «qui arbitrium pecuni promissa reciperit», reconstruit par *Lenel*: «qui arbitrium pecunia comissa reciperit, eum sententiam dicere cogam»)⁶ C'est ici que l'on trouve, selon quelques auteurs, la première qualification de la relation entre parties et arbitre comme contractuelle.⁷ Or, ce n'est pas aussi clair. Deux arguments soutiennent plutôt une autre classification dogmatique: premièrement, le préteur agit de son propre chef contre l'arbitre qui se refuse de trancher le litige, il n'y a pas d'actio correspondant au «receptum arbitri».⁸ Deuxièmement, le préteur, selon *Ulpian* et *Paulus*, ne pouvait pas agir contre un arbitre qui était en même temps un magistrat ou un fonctionnaire supérieur (Digeste 4.8.3.3. resp. 4.8.4). Cela plaide aussi en faveur d'un caractère plutôt public de la relation en question. Malgré ces deux arguments, la doctrine majoritaire a raison lorsqu'elle décrit le «receptum» comme une sorte de contrat. D'abord, le préteur n'intervient que lorsqu'une partie le sollicite. Ensuite, l'acte, qui est au début des relations entre parties et arbitre, est strictement un pacte privé.⁹ Cela démontre que le caractère civil ou contractuel prévaut.¹⁰ La base contractuelle date donc de l'ère romaine.

bb) Droit français

Il n'est guère contesté en droit français que les relations entre parties et arbitre relèvent d'un caractère contractuel. Cependant, il y a un désaccord bénin sur la nature de ce contrat. Après quelques tâtonnements initiaux et un arrêt rapprochant le contrat d'arbitrage au contrat de prestation de service,¹¹ la jurisprudence¹² ainsi que la doctrine¹³ soutiennent aujourd'hui le concept d'un contrat *sui generis*.

cc) Droit allemand

Les travaux scientifiques allemands sur la question du contrat d'arbitre sont relativement nombreux et ont produit une assez grande variété de théories et d'approches. La «Amtstheorie» joue un rôle particulier parce qu'elle nie le caractère contractuel en soutenant, au contraire, que l'arbitre exerce une fonction publique (Amt). La responsabilité de l'arbitre se construirait alors par des concepts quasi-contractuels ou délictuels. Mais il s'agit là d'un avis très minoritaire. Parmi les différentes facettes de la théorie contractuelle, celle qui prévaut approuve également un

6 *Lenel*, *Das Receptum perpetuum*, 1883, p. 103.

7 *Papadatou*, *L'arbitrage byzantin*, *Revue de l'arbitrage* 2000, p. 349 (356); *Clay*, *L'arbitre*, thèse Paris 2000, p. 476.

8 *Kaser/Knütel*, *Römisches Privatrecht*, 19^e éd. (2008), p. 258.

9 *Gaudemet/Chevreau*, *Droit privé romain*, 3^e éd. (2009), p. 274.

10 *Clay* (n. 7), p. 476.

11 *TGI Paris*, *Revue de l'arbitrage* 1996, p. 415 (*Raul Duval v. V.*).

12 *CA Paris*, *Revue de l'arbitrage* 2003, p. 1322 (*P v. V.*); *Cass.civ.*, *Revue de l'arbitrage* 2006, p. 127 (*Juliet v. Castagnet*).

13 *Fouchard*, dans: *Gottwald Internationale Schiedsgerichtsbarkeit*, 1997, p. 365; *Fouchard*, dans: *ICC The Status of the Arbitrator*, special supplement of *ICC Bulletin* 1995, p. 14.

contrat sui generis,¹⁴ soutenue à plusieurs reprises par la Cour suprême de l'empire allemand et par la Cour fédérale de justice.¹⁵

dd) Droit suisse

Bien qu'une théorie d'office publique très similaire à l'allemande ait été soutenue aussi par des auteurs suisses,¹⁶ la plupart des auteurs, ainsi que la jurisprudence, définissent le contrat d'arbitre comme un mandat au sens des articles 394 ss. Code des obligations (CO).¹⁷ Cela s'explique davantage par la notion très vaste du mandat au droit suisse et par l'existence de l'art. 394 II CO, qui selon la jurisprudence du Tribunal Fédéral interdit les contrats sui generis dans le champ des prestations de travail.¹⁸

ee) Résumé intermédiaire

Il n'est pas fortuit que tous les ordres juridiques examinés admettent une base contractuelle comme lien entre parties et arbitre. Ce qui change est le classement précis de ce contrat. Mais ces différences sont-elles importantes pour la responsabilité de l'arbitre? A mon avis, ce qui importe est plutôt la nature contractuelle en général. L'arbitrage est, par son point de départ et sa conception, un instrument de droit privé. L'arbitre ne rend pas la justice au nom d'un Etat. Ce sont les parties qui décident de recourir à l'arbitrage, qui choisissent leurs arbitres, etc. Il est donc conforme à la nature dogmatique de l'arbitrage que l'arbitre soit lié par un contrat privé qui peut en même temps être le fondement de sa responsabilité. Un contrat privé favorise d'ailleurs aussi les intérêts propres de l'arbitre: indépendamment de la question de savoir s'il a vraiment obtenu une mission juridictionnelle (par exemple quand l'arbitrabilité du litige est douteuse), il dispose d'une prétention en rémunération sûre qui découle de son contrat.

b) *La loi régissant le contrat d'arbitre*

Une fois établie la nature contractuelle des liens entre les parties et leurs arbitres, il reste à savoir par quel ordre juridique ce contrat est régi. Cette question est d'une grande importance parce qu'elle est préliminaire à l'application des privilèges de responsabilité que les différents ordres juridiques nationaux accordent aux arbitres. C'est aussi pour cette raison qu'elle joue un rôle éminent pour l'assurabilité des acti-

14 Gal (n. 4), p. 60; Schütze/Tschernig/Wais, Handbuch des Schiedsverfahrens, 2^e éd. (1990), p. 96.

15 RGZ 74, 321 (323); 87, 191 (193); BGHZ 42, 313 (315); 98, 32 (34).

16 Schuppisser, Das zivilprozessrechtliche Schiedsgericht, thèse Berne 1922 p. 60, p. 71 ss; Bucher, Noch einmal zum Rücktrittsrecht des Schiedsrichters: Zurück zum *receptum arbitri*, und sodann Rezepte gegen die Untat böser Buben, ASA Bulletin 2002, 413 (417 ss).

17 Sauser-Hall, L'arbitrage en droit international privé – rapport et projets de résolution 1952, p. 97; Rüede/Hadenfeld, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, 2^e éd. (1993), p. 151; CJ Genève, Semaine judiciaire 1984, p. 391 (C. *Int'l v. Batima*).

18 ATF 104 II, 108 (110); ATF 106 II, 157 (159); ATF 109 II, 34 (36); atténué par ATF 109 II 466 et ATF 112 II 46.

vités de l'arbitre. Mais la question n'est pas seulement importante, elle est aussi parfois difficile et pénible car le contexte de l'arbitrage commercial international est souvent assez international: il n'est pas rare ou extraordinaire de voir deux parties au litige et trois arbitres, tous avec des nationalités différentes, avec en plus une loi nationale qui régit le contrat entre les parties et un siège du tribunal arbitral encore dans un autre pays.¹⁹

aa) Point de départ: choix des parties

Fidèle à la nature contractuelle, le contrat d'arbitre est en premier lieu régi par la loi choisie par les parties, donc par les parties au litige et leur(s) arbitre(s). Cette primauté de choix dans le domaine des relations contractuelles est presque universellement reconnue, par exemple par l'art. 116 I Loi sur le droit international privé (LDIP) suisse ou l'ancien art. 27 I de l'EGBGB allemand, désormais abrogé par l'art. 3 I du règlement (CE) N° 593/2008 (Rome I).²⁰ Bien qu'un tel choix soit vivement conseillé pour éviter des incertitudes potentielles,²¹ il est en pratique très rarement effectué de manière explicite.²² Il reste donc seulement la possibilité d'un choix tacite, prévu par exemple par l'art. 116 II de la LDIP suisse. Cela exige un certain nombre d'indices assez importants qui laissent conclure à un tel choix tacite. Pour effectuer cet examen, on peut songer à plusieurs critères: la nationalité de l'arbitre, son domicile, le droit applicable au fond du litige, le droit de procédure prévu pour l'arbitrage ou encore le droit national du siège du tribunal arbitral. Mais chacun de ces critères se révèle assez faible: la nationalité ou le domicile des arbitres peuvent être fortuits et peuvent mener en plus à une fragmentation du droit applicable aux contrats d'arbitre dans un tribunal arbitral composé de plusieurs arbitres de différentes nationalités ou provenances. Le droit applicable au fond du litige est sans doute le droit le plus important pour les relations entre les parties, mais pas nécessairement pour le règle-

19 Voir l'exemple que donne *Clay* (n. 7), p. 745, qui réunit quinze (!) lois nationales potentiellement applicables.

20 A l'égard du règlement de Rome I (et auparavant à l'égard de la convention de Rome du 19 juin 1980) se pose la question, si celui-ci s'applique au contrat d'arbitre. On peut en douter parce que selon son art. 1 al. 2 lit. e les conventions d'arbitrage sont exceptées du champ d'application de ce règlement. Selon quelques auteurs cette exception doit être comprise au sens large comprenant aussi le contrat d'arbitre (*Clay* (n. 7), p. 746 s.; *Liebscher*, Note sur l'arrêt de la Cour Suprême d'Autriche du 28 avril 1998, *Revue de l'arbitrage* 1999, p. 395 (395)). D'autres auteurs tiennent au sens strict de la parole de la loi et appliquent le règlement au contrat d'arbitre (*De Ly*, dans: *Gottwald Internationale Schiedsgerichtsbarkeit*, 1997, p. 667 (685); *v. Hoffmann*, *Der internationale Schiedsrichtervertrag – eine kollisionsrechtliche Skizze* dans *mél. Glossner*, 1994, p. 143 (147)). Un examen approfondi de cette question controversée sort du cadre de cette contribution. En fin de compte, il paraît préférable de maintenir une distinction nette entre convention d'arbitrage et contrat d'arbitre et ne pas exclure de l'application du règlement que la première (*Gal* (n. 4), p. 405).

21 *Schütze*, *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, 4^e éd. (2007), p. 45; *Gal* (n. 4), p. 394.

22 *Lachmann*, *Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis*, 2^e éd. (2002), p. 568; *Oetting*, *Der Schiedsrichtervertrag nach dem UML im deutschen Recht unter rechtsvergleichenden Aspekten*, thèse Munich, 1993, p. 43.

ment des différends entre eux. Enfin, le droit procédural est souvent choisi par les arbitres eux-mêmes, ce qui les rendrait compétent de juger unilatéralement du doit applicable à leurs relations avec les parties. En outre, ce critère échoue lorsqu'un règlement de procédure qui n'a aucun lien avec un ordre juridique national est applicable, tel que le règlement d'arbitrage de la Commission des Nations unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI). Il semble le critère du droit du siège du tribunal arbitral est plus pertinent, toutefois sous réserve que celui-ci ne soit pas choisi par les arbitres. Le siège du tribunal arbitral façonne d'avantage la sentence rendue en lui donnant sa «nationalité». Il présente donc un lien étroit avec le résultat envisagé de l'activité arbitrale.

Il faut de toute façon que les parties, en choisissant un de ces lieux, aient vraiment choisi en même temps – tacitement – une loi applicable au contrat d'arbitre. Cela exige que les critères aient joué un rôle accentué dans les considérations des parties. Démontrer avec la certitude requise que les parties voulaient étendre le choix par exemple du siège du tribunal au droit applicable sera souvent difficile, voire impossible.

bb) A défaut de choix: rattachement objectif

On vient de voir que l'hypothèse d'un choix tacite sera seulement justifiable dans des situations exceptionnelles. Il s'en suit qu'il incombera le plus souvent au rattachement objectif de définir le droit applicable.²³ Ce rattachement objectif s'effectue généralement selon les liens le plus étroits avec un droit national que le contrat présente, ainsi prévue par l'art. 117 I LDIP suisse. Un examen à l'aide de plusieurs lois de droit international privé irait bien au-delà de ce qui est faisable dans le cadre de ce travail, on continuera donc avec l'exemple de la LDIP. Ses règles sont cependant plus ou moins typiques de la plupart des lois de droit international privé, elles sont notamment dans les grandes lignes identiques avec celles du règlement de Rome I, texte applicable dans les pays membres de l'Union Européenne à l'exception du Danemark.

Le critère des «liens étroits» est précisé à l'art. 117 II LDIP, en statuant que ces liens sont présumés exister avec la résidence habituelle de la partie qui doit fournir la prestation caractéristique du contrat. Comme la prestation caractéristique est celle qui donne à un contrat ses contours distinctifs,²⁴ dans le cas du contrat d'arbitre ce serait la prestation de l'arbitre, parce que son activité juridictionnelle est caractéristique de ce contrat.²⁵ De ce chef, la loi nationale de la résidence de l'arbitre régirait son contrat d'arbitre. Ce résultat n'est cependant pas souhaitable, pour les mêmes motifs qui ont déjà été mentionnés dans le contexte du choix de droit tacite. Le principal problème, lorsqu'on veut développer un système de responsabilité civile cohérent et équitable,

23 *Münch*, dans: MünchKomm ZPO, avant § 1034 n° 10.

24 *Dutoit*, Droit international privé suisse: Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 4^e éd. (2005), ad art. 117 n° 6; *Amstutz/Vogt/Wang*, dans: Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht, ad art. 117 ch. 8.

25 *Lachmann* (n. 22), p. 572; *v. Hoffmann* (n. 20), p. 148.

réside dans la fragmentation de droit applicable à l'égard des différents arbitres d'un tribunal arbitral. En d'autres termes: il ne paraît pas juste qu'un arbitre réponde ou non d'un dommage en fonction de son pays de résidence.

Je juge donc opportun de tenir compte du fait que l'art. 117 II LDIP statue une présomption simple et non pas irréfragable.²⁶ Dans le cadre du contrat d'arbitre, cette présomption sera souvent à réfuter, parce que le contrat d'arbitre ne présente pas les liens les plus étroits avec le droit de l'Etat de la résidence de l'arbitre, qui est souvent fortuite et aucunement liée à l'activité à laquelle s'oblige l'arbitre.²⁷ Mais quel autre point de référence convient-il donc de choisir pour le rattachement objectif ? A mon avis, c'est encore le droit du siège du tribunal arbitral avec lequel le contrat d'arbitre présente les liens les plus étroits. C'est – juridiquement – au siège du tribunal arbitral que la sentence arbitrale sera rendue, c'est alors là que l'activité due par le contrat d'arbitre s'accumule pour produire le résultat envisagé. Cela ne veut pas dire qu'il ne puisse y avoir des cas de figure spéciaux, où il existe des liens plus étroits avec autres ordres juridiques. Toutefois, de façon générale, le siège du tribunal arbitral semble un critère fiable et équilibré pour définir le rattachement objectif du contrat d'arbitre.²⁸

cc) Cas particulier: arbitrage institutionnel

Le contrat d'arbitre dans le cadre d'un arbitrage institutionnel constitue de quelque sorte un cas particulier par rapport à ce qu'on vient de dire. Ici, cela vaut la peine de réfléchir un moment sur la possibilité de choisir l'Etat où siège l'institution d'arbitrage comme rattachement objectif. Dans le cas d'un arbitrage du London Court of International Arbitration (LCIA) par exemple, le contrat d'arbitre serait ainsi soumis au droit anglais. Plusieurs auteurs soutiennent en fait que le siège de l'institution d'arbitrage prévaut généralement vis-à-vis des autres points de rattachement.²⁹ Il faut distinguer deux cas de figure différents: lorsque le siège de l'institution d'arbitrage est le même que le siège du tribunal arbitral, aucun enjeu ne se pose. Lorsqu'il y a une divergence entre ces deux lieux, il convient d'examiner les motifs qui ont été décisifs pour choisir un siège différent pour le tribunal arbitral. Si c'était pour des raisons pratiques ou logistiques, on ne saurait dire que le contrat d'arbitre présente un lien étroit avec ce lieu qui a été choisi par exemple pour sa bonne accessibilité. C'est donc plutôt le droit de l'Etat où siège l'institution qui prévaut. Si, par contre, un siège du tribunal arbitral a été choisi pour des raisons «juridiques», par exemple parce qu'on voulait accorder une certaine origine à la sentence arbitrale, c'est le siège du tribunal arbitrale qui doit l'emporter.

26 *Dutoit* (n. 24), art. 117 n° 6; *Amstutz/Vogt/Wang* (n. 24), ad art. 117, n° 13. Pour les pays membres de l'Union Européenne (UE), l'art. 4 al. 3 du règlement Rome I prévoit une possibilité d'exception aux critères du rattachement objectif.

27 *Lachmann* (n. 22), p. 572.

28 Dans ce sens aussi: *Lachmann* (n. 22), p. 574; *Gal* (n. 4) p. 400; *Lazic/Meijer*, dans: *Weigand Practitioner's Handbook on International Arbitration*, 2002, p. 889 (910); *Sauser-Hall* (n. 17), p. 128.

29 *De Ly* (n. 20), p. 685; *Gottwald*, *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit*, 1997, p. 48; *Fourchard* (n. 13), p. 381.

dd) Résumé intermédiaire

La question du droit applicable au contrat d'arbitre est à la fois décisive pour examiner la responsabilité contractuelle de l'arbitre et très délicate. On ne peut donc que souligner le conseil aux parties de choisir expressément un droit applicable. A défaut d'un tel choix exprès, un choix tacite sera difficile à présumer avec la certitude requise. La question du droit applicable au contrat d'arbitre sera alors souvent tranchée par le rattachement objectif. Contrairement à la présomption qui est prévue par la LDIP suisse et le règlement Rome I, c'est le droit du siège du tribunal arbitral qui régit généralement ce contrat plutôt que le droit de la résidence de l'arbitre.

2. La responsabilité délictuelle

A côté de la responsabilité contractuelle il s'ajoute la responsabilité délictuelle, qui est importante notamment dans les pays où il y a un régime délictuel assez vaste (par exemple en France: l'art. 1382 Code Civil couvre tous les dommages, toujours sous réserve du principe du non-cumul). Il faut noter que la responsabilité délictuelle suit d'autres régimes de conflit de lois que la responsabilité contractuelle, c'est le plus souvent la «lex loci delicti commissi» qui est applicable.³⁰ Le common law joue un rôle particulier dans la responsabilité délictuelle et pour ce motif il n'a pas été traité dans le contexte du contrat d'arbitre: bien que l'existence d'un contrat ait été examinée et parfois affirmée,³¹ la responsabilité de l'arbitre est exclusivement discutée dans le contexte du «tort of negligence» et non pas du «breach of contract».³² La responsabilité de l'arbitre est donc dans ces pays uniquement une responsabilité comparable à celle délictuelle du civil law.

III. Les faits engageant la responsabilité de l'arbitre

Nous venons de voir les fondements potentiels de la responsabilité de l'arbitre. Arrivons donc au noyau dur du sujet et examinons quels sont les faits de l'arbitre qui peuvent entraîner sa responsabilité civile vis-à-vis des parties. Il convient distinguer entre les trois étapes de l'arbitrage: la phase pré-arbitrale, l'instance arbitrale et la phase post-arbitrale.

30 Art. 133 II LDIP suisse; Art. 4 Règlement (CE) N° 864/2007 (Rome II).

31 Royaume-Uni: *High Court (Queen's Bench)* Lloyd's Report 1986, II, p. 301 (306) (*Compagnie Européenne de Céréales v. Tradax Export*); Etats-Unis: *Hausmaninger*, Civil Liability of Arbitrators – Comparative Analysis and Proposals for Reform Journal of International Arbitration 1990, vol. 4, p. 7 (18).

32 *Court of Appeals Illinois* West's North East Reporter Second Series, tome 493, p. 1112 (1115) (*Grane v. Grane*); *Rutledge* Toward a contractual approach for arbitral immunity Georgia Law Review, tome 39 (2004/05), p. 151 (154).

1. La phase pré-arbitrale

La phase pré-arbitrale comprend, en premier lieu, la composition du tribunal arbitral. Il faut donc s'interroger si cette phase relève uniquement de la responsabilité délictuelle, du moins quand le contrat d'arbitre n'a pas encore été conclu. Ces cas où un fait de l'arbitre cause sa responsabilité dans la phase qui mène à sa nomination relèvent cependant en droit suisse,³³ ainsi qu'en droit allemand,³⁴ du champ d'application de la «culpa in contrahendo». Cette responsabilité précontractuelle suit les règles de la responsabilité contractuelle, c'est-à-dire les art. 97 ss. CO suisse respectivement §§ 276 ss. BGB allemand.³⁵ Les ordres juridiques qui ne connaissent pas la «culpa in contrahendo» résolvent ces cas par les normes de la responsabilité délictuelle (par exemple art. 1382 C.civ. français).³⁶ Toutefois, cette divergence dogmatique ne produit guère d'effets différents en ce qui concerne le droit applicable entre les pays membres de l'Union Européenne, parce que la «culpa in contrahendo» est aussi régie par le Règlement Rome II (art. 2 I) et suit donc les règles de la responsabilité délictuelle.³⁷ Dans la phase pré-arbitrale on peut distinguer «grosso modo» les trois états de fait suivants, qui déclenchent une responsabilité de l'arbitre:³⁸

a) Avis immédiat de la non-acceptation de la mission

Nul ne peut être forcé d'accepter la mission d'arbitre.³⁹ Mais cela veut-il dire qu'une personne abordée par une partie ait toujours le droit de n'y réagir point? Il est certain que quelqu'un qui n'a jamais offert ses services en tant qu'arbitre, ni publiquement, ni vis-à-vis du requérant, n'a pas le devoir de répondre à une offre pour devenir arbitre. La situation est plus délicate lorsque le sollicité avait auparavant communiqué sa disponibilité générale et ainsi créé une certaine confiance justifiée. Si par exemple une partie aborde un avocat qui déclare sur son site internet «domaine d'expertise: activité d'arbitre» et que celui-ci ne réagit pas, causant un dommage à la partie requérante par l'écoulement inutile de temps, répond-t-il du dommage? Cette question a été posée et en principe affirmée par des auteurs allemands, suisses et autrichiens.⁴⁰ A mon avis la réponse doit dépendre essentiellement du degré de confiance que l'arbitre

33 ATF 111 Ia 72 (76); *Hoffet*, *Rechtliche Beziehungen zwischen Schiedsrichtern und Parteien*, thèse Zurich 1990, p. 231 ss.

34 *Lachmann* (n. 22), p. 593 ss; *Oetting* (n. 22), p. 142.

35 *Schwenzer*, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 5^e éd. (2009), p. 345; *Larenz*, *Lehrbuch des Schuldrechts I: Allgemeiner Teil*, 14^e éd. (1987), p. 108 ss.

36 *Clay* (n. 7) p. 602 s.

37 Autrement en Suisse, où la *culpa in contrahendo* est traité selon les règles contractuelles: *Dutoit* (n. 24), ad art. 112 n^o 2^{bis}.

38 Répartition selon *Gal* (n. 4), p. 259.

39 *Hausmaninger*, *Rights and Obligations of the Arbitrator with regard to the Parties and the Arbitral Institutions, The Status of the Arbitrator*, special supplement of ICC Bulletin 1995, p. 36 (38).

40 Allemagne: *Lachmann*, *Die Haftung des Schiedsrichters nach deutschem Recht, Die Aktiengesellschaft* 1997, p. 170 (172 s.); Autriche: *Hausmaninger* *ibid.*; Suisse: *Hoffet* (n. 33), p. 155 s.

potentiel a créé auparavant: une déclaration générale et floue de s'occuper de l'arbitrage ne saurait suffire pour déclencher une responsabilité. Il en est autrement s'il y a des circonstances particulières qui justifient une confiance spécifique. Toutefois, il faut retenir qu'il s'agira souvent d'une faute concomitante (art. 44 I CO) lorsque le requérant laisse s'écouler assez de temps pour qu'un préjudice en résulte.

b) Obligation de révéler certains faits («disclosure»)

Il est indispensable pour la réussite de l'arbitrage que les parties au litige aient confiance en l'impartialité et en la justesse de la sentence rendue.⁴¹ Il y a typiquement un écart d'information entre la partie nommant «son» arbitre et l'autre partie au litige. Il est donc universellement reconnu qu'il y a un devoir d'informer les parties sur certains faits («disclosure» en anglais, prévu par exemple par l'art. 1452 I CPC français ou le § 1036 I ZPO allemand). Cette obligation se réfère aux faits qui peuvent rendre douteuse l'impartialité de l'arbitre, ainsi qu'à l'absence d'une qualité requise dans la convention d'arbitrage (par exemple l'arbitre doit disposer d'une formation juridique). Elle comprend le devoir de répondre véridiquement aux questions posées par les parties et de les informer spontanément. Il est évident que des préjudices considérables peuvent se produire lorsqu'une sentence arbitrale est annulée suite à un manquement de l'arbitre de renseigner les parties.⁴² «Disclosure» est ainsi le cœur incontesté des devoirs dans la phase pré-arbitrale. Le seuil d'intensité à partir duquel l'arbitre doit signaler ces liens est cependant plus vague: Comme une réponse générale semble impossible, il faut une évaluation au cas par cas. De toute façon mieux vaut verser dans l'excès que de risquer un manque de «disclosure».⁴³ La situation où les liens entre une partie et l'arbitre sont largement connus constitue une particularité, discutée dans l'affaire française *Mayoux v. Annahold*.⁴⁴ Il faudra cependant aussi dans tels cas exiger un degré de notoriété assez élevé.

c) Interdiction du favoritisme et de la corruptibilité

Toujours dans le but d'assurer l'impartialité de l'arbitre, il doit exister déjà pendant la phase pré-arbitrale un devoir de s'abstenir des contacts excessifs et unilatéraux qui ont pour but de familiariser l'arbitre avec les avis juridiques d'une des parties sur l'affaire à traiter.⁴⁵ A fortiori l'acceptation des faveurs, pot-de-vin et rémunérations au-

41 *Gal* (n. 4), p. 263.

42 La Cour Suprême finlandaise a condamné un arbitre qui avait dissimulé ses liens professionnels avec une des parties causant l'annulation de la sentence aux dommages-intérêts de 170.000 €, montant équivalent aux coûts de l'instance arbitrale et du recours en annulation: *Korkein Oikeus* 2005 N° 14 (*Ruola v. Tempora*).

43 *Hoffmann*, Duty of Disclosure and Challenge of Arbitrators: The Standard Applicable Under the New IBA Guidelines on Conflicts of Interest and the German Approach Arbitration International 2005, p. 427 (432).

44 *TGI Paris*, Revue de l'arbitrage 1996, p. 483 s.; *Cass. civ.* Revue de l'arbitrage 1999, p. 249 ss.

45 *Gal* (n. 4), p. 273; *Hascher*, La pratique de la CCI en matière de nomination, confirmation, récusation et remplacement d'arbitre, Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI 1995, vol. 2, p. 4 (7).

tres que la rémunération régulière est interdite et entraîne une responsabilité civile et potentiellement aussi pénale.

2. L'instance arbitrale

L'obligation de l'arbitre pendant l'instance arbitrale consiste à traiter l'affaire qui lui a été soumise selon les dispositions de la convention d'arbitrage et à collaborer de manière effective à la recherche de la sentence.⁴⁶ Cette obligation générale dont la contravention peut entraîner une responsabilité de l'arbitre, peut être précisée par les devoirs spécifiques suivants:

a) *Choisir un président*

Dans un arbitrage à trois arbitres, le premier devoir des arbitres est typiquement de choisir un troisième arbitre comme président du tribunal arbitral. Cela vaut surtout dans le cadre d'un arbitrage ad-hoc, car dans un arbitrage institutionnel c'est souvent l'institution qui effectue ce choix.⁴⁷ Dans ce choix, ils doivent observer les dispositions faites par les parties dans la convention d'arbitrage ainsi que les règles générales d'impartialité. Si un président inadapté est choisi de manière fautive par les autres arbitres et qu'il en résulte un préjudice, ils peuvent répondre pour leur propre «culpa in eligendo».⁴⁸

b) *Promotion de l'instance arbitrale*

La rapidité par rapport à la justice étatique est l'un des grands avantages de l'arbitrage et c'est en effet le motif pour lequel beaucoup de conventions d'arbitrage sont conclues. Il est donc essentiel que l'arbitre appuie l'avancement ou, selon le TGI Paris «[qu'il prenne] toutes dispositions pour faire avancer l'arbitrage à une vitesse raisonnable, en évitant des retards inutiles ou intentionnels».⁴⁹ Cette obligation de promouvoir l'instance arbitrale consiste d'une part en le devoir d'accomplir les propres tâches avec la vitesse due, et d'autre part à fixer des délais raisonnables et à veiller à leur observation.⁵⁰ Mis à part les cas extrêmes où un arbitre ne collabore point au travail du tribunal arbitral, il reste donc à savoir quels sont des délais «raisonnables». La réponse variera suivant le cas, en tenant compte notamment de sa complexité et de la charge de travail qui pèse sur les arbitres. Toutefois, une occupation excessive chronique d'un arbitre ne saura justifier le retard de l'arbitrage – celui qui est déjà surchargé de travail n'a qu'à refuser de devenir arbitre.

46 *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit – Systematischer Kommentar, 7^e éd. (2005), p. 96; BGHZ 98, 32 (34).

47 Par exemple art. 8 § 4 III règlement Chambre de Commerce Internationale (CCI); Art. 5.6 rules LCIA.

48 *Gal* (n. 4), p. 285; *Lachmann* (n. 40), p. 174.

49 TGI Paris (*G.E.C.I v. Industrialexport*) cité par *Clay* (n. 7), p. 612.

50 *Derains*, Mesures dilatoires en matière d'arbitrage et moyens de s'y opposer dans *mél. Bülow*, 1981, p. 31 ss; pour maints exemples voir *Gaillard*, Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international, *Revue de l'arbitrage* 1990, p. 759 ss.

La situation est différente lorsque des délais maximum pour l'arbitrage sont fixés par la convention d'arbitrage ou par la «lex arbitri» – par exemple en France (art. 1456 CPC, seulement pour arbitrages internes), en Italie (art. 820 CPC) ou en Luxembourg (art. 1007 CPC). Ici, il relève du devoir de l'arbitre de prononcer une sentence dans le délai prescrit par la loi, ou, si cela est impossible pour des raisons justifiées, de demander la prolongation aux parties ou au juge d'appui.⁵¹

Les risques de responsabilité pour un arbitre violant l'obligation de la promotion rapide sont considérables: non seulement un procès plus long entraîne des coûts plus élevés, mais pire encore il est possible qu'une partie au litige tombe en faillite, ce qui enlèverait toute valeur économique à la sentence rendue contre elle.

c) Trouver une sentence «juste»

L'obligation de rendre une sentence «juste» pour trancher le litige est à la fois la plus évidente et la plus difficile à concevoir. Rappelons-nous qu'il s'agit ici uniquement de la responsabilité individuelle de l'arbitre: un contrôle de la sentence même ne s'effectue que par le biais du recours en annulation ou la procédure d'exequatur. Il s'agira donc d'un devoir très souple, qui signifie qu'il doit y avoir, à l'issue de l'instance arbitrale, une décision qui reflète une opinion juridiquement fondée (sauf dans les cas rares où l'arbitre statue «ex aequo et bono») et qui est susceptible d'obtenir l'exequatur.⁵² De plus, ce devoir est clairement lié à l'activité juridictionnelle au sens strict, à laquelle presque tous les ordres juridique nationaux accordent une immunité assez vaste (vide infra). Pour ces deux motifs, la responsabilité civile de l'arbitre pour une sentence fautive reste limitée aux fautes individuelles graves ou intentionnelles.

d) Devoir de s'abstenir d'une résiliation sans cause justifiée

L'obligation de ne pas résilier le contrat d'arbitre sans cause justifiée est intimement lié au devoir de rendre une sentence valide. Il est reconnu que l'arbitre peut unilatéralement mettre fin à son contrat pour des causes exceptionnelles comme par exemple la maladie, le vieillissement, etc.⁵³ Or, si l'arbitre résilie le contrat pour une autre cause, l'assigner pour le forcer à rendre une sentence n'est pas une solution satisfaisante pour les parties: premièrement, le devoir de rendre une sentence est souvent vu comme une obligation qui ne peut pas faire l'objet d'une demande en justice, ou du moins qui est inexécutable par l'exécution forcée.⁵⁴

Deuxièmement, cela n'est pas compatible avec la liberté requise par la tâche juridictionnelle de forcer l'arbitre à trancher le litige. L'arbitre résiliant sans cause valable n'est donc pas contraint à rendre une sentence, mais il doit réparer les dommages entraînés par son refus.

51 *Cass. civ.* Revue de l'arbitrage 2006, p. 126 (*Juliet v. Castagnet*).

52 *Clay* (n. 7), p. 637; *Gal* (n. 4), p. 297.

53 *Fouchard* (n. 2), N° 123.

54 *Bernardini*, *L'arbitrato commerciale internazionale*, 2000, p. 157 s.; cf. § 888 III ZPO allemande.

e) *Devoirs procéduraux*

Encore en lien avec l'obligation de rendre une sentence valable, on retrouve les devoirs que j'appelle procéduraux. Cela englobe surtout le respect des règles procédurales applicables et le «fair trial» en général. A la fin de l'instance arbitrale il existe l'obligation de signer la sentence⁵⁵ et de la faire parvenir aux parties.

f) *Devoir de conserver l'impartialité*

Enfin, nul besoin de s'étendre sur le fait que le devoir de l'arbitre à l'impartialité pendant la phase pré-arbitrale se poursuit pendant toute l'instance arbitrale. Par contre il semble que cette obligation doit être encore plus stricte une fois que l'instance a commencé: tout contact unilatéral («ex parte») est désormais à éviter. Un exemple frappant de ce qui est assurément une infraction à cette obligation est l'affaire américaine *Pacific Reinsurance v. Ohio Reinsurance*:⁵⁶ ici, le président du tribunal arbitral aurait commencé une relation intime avec l'avocate d'une des parties pendant l'instance arbitrale – la sentence rendue était alors à annuler. Malheureusement, il n'y a pas eu d'action contre l'arbitre en dédommagement pour les préjudices causés par cette annulation, mais sa responsabilité serait à mon avis engagée.*

3. La phase post-arbitrale

L'instance arbitrale étant arrivée à sa fin, il existe une obligation majeure de l'arbitre qui continue: l'obligation de discrétion. La confidentialité est assurément un autre des grands avantages de l'arbitrage. Le devoir de l'arbitre de respecter cette confidentialité découle selon la majorité des auteurs et des juridictions du contrat d'arbitre et existe toujours, même si le contrat ne contient pas une telle clause expresse, parce que la discrétion est partie intégrante de l'arbitrage.⁵⁷ Cette obligation est assez vaste: l'arbitre ne doit pas seulement garder le silence sur tous les faits dont il a pris connaissance à l'occasion de l'instance arbitrale, mais aussi sur l'existence même de l'instance.⁵⁸ Bien que la confidentialité soit en fait essentielle pour le succès de l'arbitrage en tant qu'institution, il ne faut pas exagérer ses conséquences. Le fait de dévoiler des éléments qui sont déjà publiquement connus ne constitue pas un manquement à la discrétion,⁵⁹ pas plus que quand l'arbitre est légalement obligé de déposer véridiquement.⁶⁰ Dans le but de favoriser la réflexion juridique et de contribuer au développe-

55 *Gal* (n. 4), p. 312. Il faut noter que la signature de l'arbitre refusant peut souvent être substituée par une note des autres arbitres: Art. 1473 CPC français; § 1054 I ZPO allemande.

56 "Reinsurance Case becomes a tangled web" dans *The Washington Post* du 13/03/1990.

57 BGHZ 98, 32 (35); *Lachmann* (n. 22), p. 605; *Clay* (n. 7), p. 599; sur le caractère fondamental de la discrétion: *CA Paris* Dalloz jurisprudence 1987, p. 339 (*Aita v. Ojeh*).

58 *Gal* (n. 4), p. 331; *Lionnet*, Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 2^e éd. (2001), p. 237.

59 *Högsta domstolen* suédois, Yearbook of Commercial Arbitration 1999, p. 321 (327) (*A. I. Finance v. Bulgarian Foreign Trade Bank*).

60 *Clay* (n. 7), p. 597.

* Cf. *Gal* (n. 4), p. 224 s.

ment de l'arbitrage, il devrait être loisible à mon avis de publier des sentences arbitrales rendues anonymes sans l'accord des parties, du moins lorsque les parties restent inidentifiables mêmes pour les initiés de leur milieu.

Quant aux préjudices éventuels causés par une révélation illégitime, ils sont considérables: on songe aux affaires de la propriété intellectuelle où le secret vaut son pesant d'or!

IV. L'immunité de l'arbitre

Nous venons de voir un catalogue – assurément pas exhaustif – des états de fait qui peuvent entraîner la responsabilité de l'arbitre. Les «pièges» dans lesquels l'arbitre peut tomber par négligence sont donc nombreux. Cependant, il est clair que l'arbitre n'est pas un prestataire de service quelconque qui répond de toute faute (selon la plupart des ordres juridiques y compris la «*culpa levissima*»), mais une personne chargée d'une mission juridique. La particularité de cette mission amène tous les ordres juridiques nationaux examinés à accorder certains privilèges de responsabilité à l'arbitre. Ces privilèges seront traités sous l'expression «immunité de l'arbitre», bien que cette expression ait été critiquée, à juste titre, car elle est difficilement compatible avec la nature contractuelle de la responsabilité.⁶¹

1. L'immunité de l'arbitre dans certains ordres juridiques nationaux

Je donnerai d'abord un bref aperçu de l'immunité de l'arbitre dans quelques ordres juridiques nationaux et j'essaierai ensuite de développer un degré d'immunité qui me semble adéquat.

a) *Droit français*

L'immunité de l'arbitre en France a pour point de départ l'immunité accordée aux juges étatiques. L'Etat français répond des dommages causés par le pouvoir judiciaire si ceux-ci ont été entraînés par faute lourde ou déni de justice (art. L.781-1 I Code de l'organisation judiciaire). La République peut former un recours contre le magistrat lorsque celui-ci a commis en plus une faute personnelle. Ces règles sont, selon la doctrine⁶² et la jurisprudence,⁶³ applicable «*per analogiam*» aux arbitres. Cette immunité n'est cependant accordée qu'aux fautes commises pendant l'activité juridictionnelle au sens strict, c'est-à-dire lorsque les allégations pour démontrer la faute de l'arbitre mettent en cause en même temps la justesse de sa sentence. Ainsi *Clay* résume-t-il:

61 *Fouchard/Gaillard/Goldman*, Traité de l'arbitrage commercial international, 1996, n° 1077.

62 *Clay* (n. 7), p. 466 s.; *Fouchard/Gaillard/Goldman* *ibid.*, n°1074.

63 *TGI Paris* Revue de l'arbitrage 1996, p. 476 (479) (*Bompard v. Cons. C.*); confirmé par *CA Paris*, Revue de l'arbitrage 1996, p. 476 (482).

«L'immunité de l'arbitre ne porte que sur l'essence de sa fonction juridictionnelle, c'est-à-dire la justesse du jugement rendu.»⁶⁴

b) Droit allemand

La responsabilité du juge étatique en Allemagne est réglée par le § 839 II BGB, selon lequel un magistrat n'est responsable pour les fautes commises en tranchant un litige que si cette faute constitue en même temps une infraction pénale ou un déni de justice. L'expression «en tranchant un litige» («bei dem Urteil») est selon la jurisprudence de la Cour fédérale de justice à comprendre au sens large, englobant toute acte qui règle définitivement ou provisoirement un différend ou qui prépare une telle décision.⁶⁵ Cette immunité pour «error in iudicando et error in procedendo» est – par analogie, par accord tacite des parties ou par norme légale non-écrite (cela est très controversé) – aussi applicable aux arbitres. L'arbitre allemand jouit donc d'une immunité encore plus vaste que son confrère français, parce qu'il ne répond pas pour faute grave ou intentionnelle, mais seulement pour délits pénaux et déni de justice. Cependant, il faut aussi noter que le droit allemand n'accorde pas cette immunité aux actes de caractère non-jurisprudentiel, tel qu'une dissimulation contraire au «disclosure».⁶⁶

c) Droit suisse

La jurisprudence suisse ne s'est jamais prononcée expressément sur l'immunité de l'arbitre. La doctrine par contre soutient que la règle de l'art. 7 Loi sur la responsabilité, selon laquelle un fonctionnaire ne répond personnellement qu'en cas de faute intentionnelle ou de négligence grave, s'applique également par analogie ou en tant que norme non-écrite du droit fédéral aux arbitres.⁶⁷ Cette immunité est donc moins vaste que celle qui existe en Allemagne, car elle exclut la négligence grave. Encore s'applique-t-elle seulement aux fautes commises pendant l'activité juridictionnelle.⁶⁸

d) Droit anglais

Ironiquement c'est en Angleterre, pays du common law, que l'immunité de l'arbitre a été réglée par une loi, l'Arbitration Act de 1996 dont le Sect. 29 prévoit: «An arbitrator shall not be liable for anything done or omitted in the discharge or purported discharge of his functions as arbitrator unless the act or omission is shown to have been in bad faith.» L'arbitre répond donc seulement s'il a été de mauvaise foi, ce qui serait

64 *Clay* (n. 7), p. 464.

65 BGHZ 50, 14 (16 s.); BGHZ 155, 306 (308).

66 *Oberster Gerichtshof autrichien* appliquant le droit allemand, *Revue de l'arbitrage* 1999, p. 392 (395).

67 *Hoffet* (n. 33), p. 306; *Inderkum*, *Der Schiedsrichtervertrag: nach dem Recht der nicht internationalen Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz unter Mitberücksichtigung der Schiedsordnung des IPRG*, thèse Fribourg (CH) 1989, p. 163.

68 *Hoffet* (n. 33), p. 307; *Rüede/Hadenfeldt*, *Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht*, 2^e éd. (1993), p. 161.

comparable au dol du civil law. L'élément curieux du droit anglais est que cette immunité semble s'appliquer à tout acte de l'arbitre, qu'il soit lié à l'activité juridictionnelle ou pas.⁶⁹ Même une violation de l'obligation de confidentialité n'entraînerait donc une responsabilité que si elle a été commise de mauvaise foi.

e) *Droit US-américain*

L'immunité de l'arbitre est encore plus vaste et généreuse aux Etats-Unis. De nouveau l'immunité du juge étatique est calquée sur l'arbitre. Le juge, et parallèlement l'arbitre, jouit d'une immunité totale sauf s'il agit intentionnellement sous «clear absence of subject matter jurisdiction», ou si le fait dommageable ne constitue pas un «judicial act».⁷⁰ Cela mérite deux précisions qui rendent l'immunité de l'arbitre américain la plus complète des ordres juridiques nationaux examinés: premièrement l'arbitre ne répond pas en dehors des deux cas de figure mentionnés ci-dessus, donc même pas pour des infractions pénales telles que corruptibilité, etc.⁷¹ Deuxièmement la notion du «judicial act» est très vaste, elle est définie comme «all acts within the scope of the arbitral process».⁷²

f) *Règlements des institutions d'arbitrage*

Même s'ils ne relèvent pas d'un ordre juridique national, il faut noter que tous les règlements des grands centres d'arbitrage prévoient une clause d'exclusion de responsabilité totale ou partielle pour eux-mêmes et les arbitres.⁷³ Quant à une exclusion totale, elle est contraire par exemple au droit impératif allemand (§ 276 III BGB: la responsabilité pour dol ne peut être exclue en amont). Puisque ces règlements seront très souvent introduits dans le contrat d'arbitre en tant que conditions générales, il faudrait en plus examiner si ces exclusions constituent des clauses abusives et donc inadmissibles.

2. Résumé et évaluation

L'intensité de l'immunité accordée à l'arbitre varie beaucoup de pays en pays: assez restreinte en Suisse et en France, elle est presque absolue aux Etats-Unis. Pour pouvoir décider du degré d'immunité le plus souhaitable, il faut d'abord examiner les

69 *Maxwell*, dans: Gottwald Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, 1997, p. 315 (319); *Gal* (n. 4), p. 211. Cela s'en suit aussi d'une analyse systématique de cette loi, qui prévoit une exception à cette immunité universelle seulement dans le cas d'une résiliation sans cause (sec. 29 III) et *e contrario* non pas pour tout autre cas.

70 *US-Supreme Court* United States Reports 446, p. 719 (731) (*Virginia v. Consumers Union of US*); United States Reports 435, p. 349 (351 s.) (*Stump v. Sparkman*); United States Reports 484, p. 219 (225 s.) (*Forrester v. White*).

71 *Supreme Court of Iowa* West's North Western Reporter 6, p. 140 (142) (*Jones v. Brown*).

72 *District Court Western North Carolina* West's Federal Supplement Second Series 209, p. 586 (593) (*Howland v. US Postal Service*).

73 Par exemple art. 34 règlement ICC; art. 31 Rules LCIA; art. 48 Stockholm Chamber of Commerce Rules; art. 50 American Arbitration Association Real Estate Industry Rules.

raisons pour lesquelles un tel privilège est accordé aux arbitres. Il y a deux motifs principaux qui découlent de la nature juridictionnelle de la mission arbitrale:

D'une part, l'arbitre a besoin d'une certaine liberté et sécurité pour décider le litige. S'il doit, par contre, toujours craindre une responsabilité à cause de ses décisions, il est possible qu'il se laisse inspirer par cette crainte plutôt que par sa conviction juridique personnelle – ce qui ne serait pas compatible avec l'exigence d'une décision méticuleuse et impartiale.

D'autre part, on doit tenir compte du «res iudicata-effet».⁷⁴ Lorsqu'une affaire a été une fois tranchée en justice et que toutes les voies de recours contre cette décision sont épuisées, il faut que le jugement soit définitif pour que la paix et la sécurité juridique soient restaurées. Il n'est donc pas admissible qu'il y ait des «tentatives de [...] transformer le procès perdu devant l'arbitre en procès gagné contre l'arbitre».⁷⁵ Il est donc encore à souligner que la responsabilité de l'arbitre ne peut pas faire office de contrôle dissimulé de la sentence arbitrale.

Ces deux motifs démontrent cependant qu'il est nécessaire de faire une distinction nette entre l'activité juridictionnelle au sens strict et tout autre acte de l'arbitre: la protection de la décision libre et de l'autorité de la chose jugée n'exigent pas que l'arbitre ne réponde pas des dommages créés par exemple par le manquement au «duty of disclosure». En ce qui concerne les obligations comme par exemple la confidentialité et la non-résiliation sans cause, c'est l'intérêt des parties qui prévaut et qui exige que l'arbitre réponde – comme tout autre cocontractant – de toute faute.

Les actes et décisions «juridictionnelles» méritent par contre un privilège. En tenant compte notamment de la préservation de la «res iudicata», j'entends par activité juridictionnelle tout acte entrepris dans le but de trancher le litige (par exemple ordonnance de preuves, demande de mémoire). Cette notion est moins vaste que celle du droit américain, parce qu'elle se limite aux actes directement ou indirectement liés à la décision finale et non pas «within the scope of the arbitral process». Mais il reste à savoir jusqu'à quel point ces actes devraient être privilégiés. Négligence grave ou faute grave comme dans le droit suisse ou français? Infraction pénale comme en Allemagne? Ou immunité absolue comme aux USA? Une fois de plus, ce sont les raisons générales justifiant l'immunité qui donnent la réponse: pour préserver la liberté de la décision arbitrale et le «res iudicata-effet» il n'est pas nécessaire que l'arbitre puisse décider «n'importe quoi» jusqu'à la limite de l'acte punissable ou au-delà. Si l'on interprète la faute ou la négligence grave dans un sens étroit comme une méconnaissance totale des règles juridiques pertinentes ou, autrement dit, si l'on exige que le produit de cette négligence doive être une sentence qui n'est plaidable en aucune circonstance, il n'est même pas souhaitable que ce genre de faute soit couvert par l'im-

74 Bien que son ampleur précise soit très discutée, la plupart des lois nationales accordent une autorité de la chose jugée assez vaste aux sentences arbitrales (par exemple art. 1467 CPC français, § 1055 ZPO allemande).

75 *Mezger*, La jurisprudence allemande en matière d'arbitrage depuis 1950, *Revue de l'arbitrage* 1955, p. 42 (84).

munité de l'arbitre. Si l'arbitre répond d'une faute grave ainsi définie, cela ne porte pas atteinte à la «*res iudicata*», car une sentence issue de telles erreurs sera toujours annulable. Si la partie défavorisée par une telle sentence néglige de former un recours en annulation, on lui imputera faute concomitante qui mène à la perte de la prétention en dommages-intérêts.

V. Conclusion

Il a été démontré que la responsabilité de l'arbitre peut se fonder en premier lieu sur le contrat d'arbitre et que plusieurs manquements assez divers peuvent entraîner cette responsabilité. Il est cependant évident que l'arbitre doit être privilégié en ce qui concerne les manquements qui sont liés à l'activité juridictionnelle. Toutefois, cette «immunité» ne doit pas être exagérée comme dans certains ordres juridiques nationaux. Lorsque les parties à un litige décident qu'elles veulent recourir à l'arbitrage comme instrument de droit privé en renonçant à la justice étatique, cela ne veut pas dire qu'ils veulent renoncer à toute protection. Il est plutôt adapté au caractère privé de l'arbitrage que ces parties profitent de la protection privée contre les fautes d'autrui qu'offre la responsabilité civile.

En dehors de l'intérêt légitime des parties que les dommages qui leur ont été créés fautivement par un arbitre soient réparés par ce-dernier, la responsabilité civile sert aussi à favoriser le bon développement de l'arbitrage dans son ensemble. Certaines obligations, comme le «disclosure» ou la discrétion, sont essentielles pour conserver les avantages principaux de l'arbitrage tels que l'impartialité ou la confidentialité. Mais l'observation de ces obligations n'est guère contrôlée par des tiers – contrairement à la justice étatique il n'y a pas de surveillance administrative sur les arbitres.⁷⁶ La responsabilité civile envers les parties fait donc office d'un tel contrôle et joue un rôle important comme incitation au comportement correct et à l'accomplissement méticuleux de la mission arbitrale. Affermir la responsabilité de l'arbitre et limiter son immunité au degré nécessaire à l'accomplissement de son rôle, c'est donc aussi préserver la réussite de l'arbitrage en tant que tel.

76 Il faut toutefois noter que quelques centres d'arbitrage exercent un certain contrôle sur les arbitres. Mais ce contrôle reste toujours un contrôle privé et ne revêt pas un caractère administratif ou public.